# الكفاية

## في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي

المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء الخامس

يحتوي هذا الجزء:

تابع كتاب البيوع - الصرف - الكفالة - الحوالة

أدب القاضي - الشهادات - الوكالة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

## [تتمة كتاب البُيوع]

## بَابُ البَيْعِ الفَاسِدِ

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ كَالْبَيْعِ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَالْحُرِّ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰذِهِ فُصُولُ جَمَعَهَا، وَفِيهَا تَفْصِيلٌ نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ

## باب البيع الفاسد

قوله: وَإِذَا كَانَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا مُحَرَّمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، والفاسد أعمُّ من الباطل لأن كل باطل فاسد، ولا ينعكس.

قوله: هٰذِهِ فُصُولُ - أي مسائل - جَمَعَهَا، أي القدوري رحمه الله تعالى فنقول: البيع بالميتة والدم باطل، إنما ذكر بِهذا اللفظ ولم يقل: بيع الميتة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الأَوْلىٰ، وذلك لأنَّ الباء يدخل في الأتباع والوسائل، ولهذا يقال: كتبت بالقلم، والأثمان أتباع، ألا ترىٰ أن البيع يجوز وإن لم يكن الثمن موجودًا، ولا يجوز البيع عند عدم المبيع إلا في موضعٍ خاصٍّ، ولمَّا بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمنًا لَأَن يبطل بجعلهما مبيعًا أَوْلىٰ، وهذا اللفظ مجرى علىٰ عمومه فيما إذا أريد بالميتة الحيوان الذي ماتَ حتف أنفه، وأمَّا إذا أريد بِها المختنقة والموقوذة فليس بمجرى على عمومه فإنَّ بيع المختنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتةً عند المسلمين، وفي التجنيس: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لأنَّها ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحتهم بأن يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز لأنَّها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ألا ترىٰ أنَّ المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وإن كان هذا ميتةً.

اللهُ تَعَالَىٰ فَنَقُولُ: البَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ، وَكَذَا بِالْحُرِّ لِانْعِدَامِ رُكْنِ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ، فَإِنَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءَ لَا تُعَدُّ مَالًا عِنْدَ أَحَدٍ وَالْبَيْعُ بِالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ فَاسِدٌ لِوُجُودِ حَقِيقَةِ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ، وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ لِأَنَّ العَقْدَ

قوله: عِنْدَ أَحَدٍ، أي من له دينٌ سماويٌّ، وهذا لأنَّ صفة المالية للشيء بتمول كل الناس أو بتمول البعض إيَّاه، والقيمة إنَّما تثبت بإباحة الانتفاع به شرعًا، وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية، فإنَّ حبةً من الحنطة ليست بمال حتَّىٰ لا يصحَّ بيعها وإن أبيح الانتفاع بها شرعًا لعدم تموُّل الناس إيَّاه.

قوله: فَإِنَّهُ مَالٌ عِنْدَ البَعْضِ، أي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقًا، أو أراد أنَّ كل واحد منهما مال متقوم عند البعض، أي عند أهل الذمة.

قوله: وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ - أي في البيع الباطل - يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ، فمنهم الشيخ الإمام أحمد الطواويسي(١) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند البعض يكون مضمونًا، ومنهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به إذا كان القبض بإذن المالك، ففيه اتفاق الروايات علىٰ أنَّ المشتري يملكه، وأمَّا إذا قبضه بعد الافتراق

---

(١) هو الإمام أَحْمد بن مُحَمَّد بن حَامِد بن هَاشم أَبُو بكر الطواويسي، يروي عَن مُحَمَّد بن نصر المروزِي وَعبد الله بن شيرويه النَّيْسَابُورِي وَغَيرهمَا، روىٰ عَنهُ نصر بن مُحَمَّد بن غَرِيب الشَّاشِي وَأحمد بن عبد الله بن إِدْرِيس خَال الإدريسي الحَافِظ، وَتُوفِّي فِي الحمام سنة أَربع وَأَرْبَعين وَثَلَاث مائَة (٣٤٤) بسمرقند رَحِمَه الله تَعَالَىٰ، انظر: الجواهر المضية ١/ ٢٦٥ والفوائد البهية ٣١.

غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَبَقِيَ القَبْضُ بِإِذْنِ المَالِكِ وَعِنْدَ البَعْضِ يَكُونُ مَضْمُونًا لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ أَدْنَىٰ حَالًا مِنَ المَقْبُوضِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَقِيلَ الأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ المِلْكَ عِنْدَ اتِّصَالِ القَبْضِ بِهِ وَيَكُونُ المَبِيعُ مَضْمُونًا فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَسَنُبَيِّنُهُ بَعْدَ هٰذَا، وَكَذَا بَيْعُ المَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْحُرِّ بَاطِلٌ

عن المجلس بغير إذن البائع هل يملك؟ ذكر في المأذون أنه لا يملك، قالوا ذلك محمول علىٰ ما إذا كان الثمن شيئًا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، وأمَّا إذا كان الثمن شيئًا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون إذنًا له بالقبض، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير، وعند مشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ الفاسد يفيد ملك العين، وعند مشايخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين، ولهذا لا يجوز للمشتري أن يطأ جارية اشتراها بشراء فاسد، ولا شفعة في الدار المشتراة به، ولا يحل أكل طعام اشتراه به، وأمَّا مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى فقالوا: إنَّ جواز التصرف له بناء على ملك العين، وهو الأصح بدليل أنَّ من اشترى دارًا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه، وكذا لو اشترىٰ جاريةً بشراء فاسد وقبضها ثم ردَّها على البائع وجب على البائع الاستبراء، ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري وأعتقه جاز عتقه، ولو كان عتقه علىٰ وجه التسليط لَمَا جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز، فعُلِم بِهذه الأحكام أنه يملك العين، وإنَّما لم يحل وطء الجارية المشتراة بشراء فاسد لأن في الاشتغال بالوطء إعراضًا عن الردِّ، قال الإمام الحلوانِي رحمه الله تعالى يكره الوطء ولا يحرم، كذا في اليتيمة، ولم يثبت الشفعة لأنَّ في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد

لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْوَالًا فَلَا تَكُونُ مَحِلًّا لِلْبَيْعِ، وَأَمَّا بَيْعُ الخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ إِنْ كَانَ قُوبِلَ بِالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ قُوبِلَ بِعَيْنٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّىٰ يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الخِنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهِ وَتَرْكِ إِعْزَازِهِ، وَفِي تَمَلُّكِهِ بِالْعَقْدِ مَقْصُودًا إِعْزَازٌ لَهُ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ

الفساد وتقريره، ولا يحل أكله لِمَا فيه من الإعراض عن الردِّ.

قوله: إِنْ كَانَ قُوبِلَ بِالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، فسَّر الدَّين بهما لأنَّهما آثمان أبدًا لأنَّهما خلقتا في الأصل ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالىٰ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] فسَّر الثمن بالدراهم، وقال الفراء: الثمن ما يكون في الذمة، والدراهم والدنانير لا تتعينان على أصلنا في عقود المعاوضات، وإنَّما ينعقد علىٰ مثلها دينًا في الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير أثمانًا لهذا، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبدًا، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة وثمن، فإن قابلها بالدراهم والدنانير فهي مبيعة، وإن كان في مقابلتها عين فإن كانت المكيلات والموزونات معيَّنة فهي مبيعة وثمن لأنَّ البيع لا بدَّ له من مبيع وثمن وليسَ أحدهما بأن يجعل مبيعًا بأوْلىٰ من الآخر لأنَّ المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعروض، فجعلنا كل واحد منهما مبيعًا من وجه ثمنًا من وجه، وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة فإن استعملت استعمال الأثمان فهو ثمنٌ نحو أن يقول: اشتَريتُ هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعًا بأن قال: اشتريتُ منك كذا حنطةً بِهذا العبد فلا يصحُّ العقد إلا بطريق السَّلم.

فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ؛ لِكَوْنِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْخَمْرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالْخَمْرِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لِلثَّوْبِ إِنَّمَا يَقْصِدُ تَمَلُّكَ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ، وَفِيهِ إِعْزَازٌ لِلثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْخَمْرِ مُعْتَبَرًا فِي تَمَلُّكِ الثَّوْبِ لَا فِي حَقِّ نَفْسِ الْخَمْرِ حَتَّىٰ فَسَدَتِ التَّسْمِيَةُ وَوَجَبَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الْخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ بِالثَّوْبِ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوْبِ بِالْخَمْرِ

قوله: فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلًا، أي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير، لأنَّ الثمن يثبت في الذمة بالعقد، وثبوته في الذمة إنَّما يكون حكمًا لتملكه بمقابلة تملك مال آخر فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد أصلًا، وإن كان قوبل بعينٍ ظهر حكم التقوُّم في حقِّ تملك العين فصار العقد منعقدًا في حقِّ العين ولم يصح تسمية الخمر في نفسه فيكون العقد واقعًا بقيمة العين لأنه لا يملكه مجَّانًا بل بعوضٍ، وقد تعذَّر مقابلته بذلك العوض إذ لا قيمة لذلك العوض فيصار إلىٰ قيمة هذا العوض ضرورةً والعقد الصحيح يقع مضمونًا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد، حتَّى إذا اشترىٰ شيئًا هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج إلىٰ قبض جديدٍ للمشترى حتى يكون الهلاك عليه ويتمُّ العقد إلا أنَّ ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط بينهما بتَراضيهما وهو الثمن مقام ذلك، ولهذا نقول: المقبوض بسوم الشراء مضمونٌ بالقيمة لأنَّ الثمن بعدُ لم يثبت فلم يسقط الضمان الأصلي وههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الأصلي فوجبت القيمة حتى تمَّ العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي يوجبه العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره.

قوله: وَكَذَا إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ بِالثَّوْبِ، أي يكون البيع فاسدًا لا باطلًا وإن كان فيه

لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً.

قَالَ: (وَبَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) وَمَعْنَاهُ بَاطِلٌ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الوَلَدِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَسَبَبُ الحُرِّيَّةِ انْعَقَدَ فِي المُدَبَّرِ فِي الحَالِ لِبُطْلَانِ الأَهْلِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، وَالْمُكَاتَبُ اسْتَحَقَّ يَدًا عَلَىٰ نَفْسِهِ لَازِمَةً فِي حَقِّ المَوْلَىٰ، وَلَوْ ثَبَتَ المِلْكُ بِالْبَيْعِ لَبَطَلَ ذٰلِكَ كُلُّهُ فَلَا يَجُوزُ، وَلَوْ رَضِيَ المُكَاتَبُ بِالْبَيْعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَظْهَرُ الجَوَازُ، وَالْمُرَادُ المُدَبَّرُ المُطْلَقُ دُونَ المُقَيَّدِ، وَفِي المُطْلَقِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي العَتَاقِ.

شبهة كون الخمر مبيعًا لدخول الباء في الثوب، ولكن قد ذكرنا أنَّ المكيلات والموزونات إذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن، والكلام فيما إذا كان الخمر والثوب معينين فلمَّا كان في الخمر جهة الثمنية رجَّحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونًا لتصرُّف العاقلين المسلمين عن الإلغاء والبطلان بقدر الامكان.

قوله: لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً، المقايضة هي بيع العرض بالعرض سُمِّي بها لتساوي العوضين في العينية، يقال هما قيضان أي متساويان.

قوله: لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ قَدْ ثَبَتَ لِأُمِّ الوَلَدِ، وتفسير حقِّ العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الإبطال، كذا في الجامع لفخر الإسلام.

قوله: لَازِمَةً فِي حَقِّ المَوْلَىٰ، حتى لا يملك المولىٰ فسخ الكتابة، ولا يكون لازمًا من جهة المكاتب حتى يملك أن يعجز نفسه.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الوَلَدِ أَوِ المُدَبَّرُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ، لَهُمَا أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ البَيْعِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ يَدْخُلَانِ تَحْتَ البَيْعِ حَتَّىٰ يَمْلِكَ مَا يُضَمُّ إِلَيْهِمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ المُكَاتَبِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ القَبْضُ وَهٰذَا الضَّمَانُ بِهِ، وَلَهُ أَنَّ جِهَةَ البَيْعِ إِنَّمَا تَلْحَقُ بِحَقِيقَةٍ فِي مَحِلٍّ يَقْبَلُ الحَقِيقَةَ وَهُمَا لَا يَقْبَلَانِ حَقِيقَةَ البَيْعِ فَصَارَا كَالْمُكَاتَبِ، وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي البَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا، وَإِنَّمَا ذٰلِكَ لِيَثْبُتَ حُكْمُ البَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا فَصَارَ كَمَالِ المُشْتَرِي لَا يَدْخُلُ فِي حُكْمِ عَقْدِهِ بِانْفِرَادِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ حُكْمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضَمَّهُ إِلَيْهِ، كَذَا هٰذَا.

قوله: حَتَّىٰ يَمْلِكَ مَا يُضَمُّ إِلَيْهِمَا، كما إذا جمع بين قنٍّ ومدبَّر صحَّ البيع في القنِّ، ولو لم يدخلا في البيع لَمَا انعقد علي القنِّ كما لو جمع بين حُرٍّ وقنٍّ.

قوله: وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا فِي البَيْعِ فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا، لأنَّهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حقِّ أنفسهما، وإنَّما ذلك ليثبت الحكم في المضموم إليه، فإن قيل: ينبغي أن يكون في ضم الحرِّ إلى العبد هكذا؟ قلنا: الحرُّ ليس بمالٍ فلا يمكن دخوله في البيع، أمَّا المدبر وأم الولد فمالٌ وإنَّما امتنع البيع لتضمنه بطلان الحرية.

قوله: فَصَارَ كَمَالِ المُشْتَرِي، كما لو اشترىٰ من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقةً واحدةً فإنَّ عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حقِّ الآخر، وهذا لأنَّهما مالان حقيقةً حرَّان من وجهٍ فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم عملًا بالدليلين، بخلاف

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَ) لِأَنَّهُ بَاعَ مَالًا يَمْلِكُهُ (وَلَا فِي حَظِيرَةٍ إِذَا كَانَ لَا يُؤْخَذُ إِلَّا بِصَيْدٍ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَمَعْنَاهُ إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِيهَا لَوْ كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ، إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَلَمْ يَسُدَّ عَلَيْهَا المَدْخَلَ لِعَدَمِ المِلْكِ.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ قَبْلَ الأَخْذِ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ الحَمْلِ وَلَا النِّتَاجِ) «لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ الحَبَلِ وَحَبَلِ الحَبَلَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا (وَلَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ لِلْغَرَرِ) فَعَسَاهُ انْتِفَاخٌ، وَلِأَنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيْفِيَّةِ الحَلْبِ، وَرُبَّمَا يَزْدَادُ فَيَخْتَلِطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَلَا الصُّوفُ عَلَىٰ ظَهْرِ الغَنَمِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الحَيَوَانِ، ..........

الحرُّ لأنه ليس بمالٍ بوجهٍ.

قوله: وَلَا بَيْعُ الحَمْلِ وَلَا النِّتَاجِ، الحمل ما في البطن، والنِّتاج ما يحمل هذا الحمل وهو المراد من حبل الحبلة في الحديث، وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فأبْطَل ذلك بالنهي، ولأنَّ فيه غررًا وقد نَهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع فيه غررٌ، وهو ما انطوت عنك مغبته وخفيت عليك عاقبته.

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَوْصَافِ الحَيَوَانِ، الصوف قبل الجزاز وصف الحيوان لأنَّ ما يكون متصلًا بالحيوان هو وصف محضٌ، بخلاف ما يكون متصلًا بالشجر فهو عين مال مقصود

وَلِأَنَّهُ يَنْبُتُ مِنْ أَسْفَلَ فَيَخْتَلِطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ، بِخِلَافِ القَوَائِمِ؛ لِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلَىٰ، وَبِخِلَافِ القَصِيلِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ قَلْعُهُ، وَالْقَطْعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ القَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَىٰ ظَهْرِ الغَنَمِ، وَعَنْ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَعَنْ سَمْنٍ فِي لَبَنٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي هٰذَا الصُّوفِ حَيْثُ جَوَّزَ بَيْعَهُ فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْهُ.

قَالَ: (وَجِذْعٍ فِي سَقْفٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ ذَكَرَا القَطْعَ أَوْ لَمْ يَذْكُرَاهُ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِنْ نُقْرَةٍ

من وجه، فيجوز بيعه لذلك.

قوله: وَلِأَنَّهُ يَنْبُتُ مِنْ أَسْفَلَ، بضمِّ الباء وذلك يتبيَّن فيما إذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثمَّ تركها أيامًا فالمخضوب يبقىٰ على رأسه لا علىٰ أصله، بخلاف القوائم لأنَّها تزيد من أعلاها حتى لو ربطت خيطًا في أعلاها وتركت أيَّامًا يبقى الخيط أسفل ممَّا في رأسها الآن والأعلى علىٰ ملك المشتري.

قوله: فِي هٰذَا الصُّوفِ، أي الصوف على ظهر الغنم.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِضَرَرٍ، ولا يقال: بأنه رضي بهذا الضرَّر حيث التزم ذلك، لأن التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررًا، وفي الفوائد الظهيرية: العقد مشروعٌ والضرر غير مشروعٌ فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعًا ولا يلزم المحاباة لأنه ليسَ فيه تفويت باستهلاك المال ولا بيع الحباب في الدار إذا لم يمكن إخراجها إلَّا بقلع الباب لأنه ممنوعٌ على ما اختاره البعض، وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب

فِضَّةً لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي تَبْعِيضِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِلْجَهَالَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَطَعَ البَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلَعَ الجِذْعَ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ المُشْتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لِزَوَالِ المُفْسِدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ النَّوَىٰ فِي التَّمْرِ أَوِ البَذْرَ فِي البِطِّيخِ حَيْثُ لَا يَكُونُ صَحِيحًا، وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ المَبِيعَ لِأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالًا، أَمَّا الجِذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودٌ.

وغيره أيضًا، وفي الحباب إنَّما يتعيب البناء دون الحباب، وفيما إذا اشترىٰ نخلًا أو شجرًا علىٰ أن يقطعه المشتري أو زرعًا علىٰ أن يحصده قالوا يجب أن يجوز لأنه أمْكَن تسليمه من غير أن يتصل بالأرض ضررٌ، وفي هذا التعليل إشارة إلىٰ أنَّ التعويل علىٰ ضررٍ يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لأنه لا يمكن القلع إلا بحفر الأرض، وعند البعض يجوز للتعامل فصار كبيع الكراث يجوز للتعامل وإن كان القياس يأبىٰ جوازه لأنه ينمو من أسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر الغنم فبقي على أصل القياس، والمراد من قوله: وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ، ما إذا كان ثوبًا يضرُّه القطع نحو القميص والعمامة.

قوله: أَمَّا الجِذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودٌ، فإن قيل: لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز، ولو ذبح الشاة وسَلَخَ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع إلى الجواز وإن كان الجلد عينًا موجودًا، وكذلك لو باع كرشها أو أكارعها ثم ذبح وسلم، قلنا: الجلد وإن كان عينًا موجودًا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعًا له فكان العجز عن التسليم هناك معنىً أصليًّا، بخلاف الجذع فإنه عين مال في نفسه، وإنَّما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد إلا أنه عُدَّ عاجزًا عن التسليم حكمًا لِمَا فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد، فإذا قلع والتزم الضرَّر زال المانع فيجوز ضرب الشبكة على الطائر ألقاها عليه،

قَالَ: (وَضَرْبَةِ القَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنَ الصَّيْدِ بِضَرْبِ الشَّبَكَةِ مَرَّةً لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا.

قَالَ: (وَبَيْعِ المُزَابَنَةِ، وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ عَلَى النَّخِيلِ بِتَمْرٍ مَجْذُوذٍ مِثْلِ كَيْلِهِ خَرْصًا) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ المُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ» فَالْمُزَابَنَةُ مَا ذَكَرْنَا، وَالْمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِحِنْطَةٍ مِثْلِ كَيْلِهَا خَرْصًا؛ وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ مِنْ جِنْسِهِ فَلَا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الخَرْصِ كَمَا إِذَا كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلَى الأَرْضِ، وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ عَلَىٰ هٰذَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ «لِأَنَّهُ

ومنه: نَهىٰ عن ضربة القانص، هو الصائد، وفي تَهذيب الأزهري: عن ضربة الغائص، وهو الغواص على اللآلي، وذلك أن يقول للتاجر أغوص لك غوصةً فما أخرجت فهو لك بكذا.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا، لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيءٌ من الصيد، الزبن الدفع وناقة زبونٌ تزبن حالبها، ومنه الزبون للأبله الذي يغبن كثيرًا، على الإسناد المجازي، واستزبنه وتزبنه اتخذه زبونًا، والمزابنة بيع الثَّمر في رؤوس النخيل بالتمر كيلًا من الزبن أيضًا، لأنَّها تؤدي إلى النزاع والدفاع.

قوله: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، ولا يجوز عنده فيما زاد علىٰ خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوْسُق قولان، قلنا: العرية العطية، قال عليه الصلاة والسلام للخراصين: «خففوا في الخرص، فإنَّ في المال العرية والوصيَّة» والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء، وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثمَّ يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضىٰ من

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ الْمُزَابَنَةِ وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا وَهُوَ أَنْ يُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ» . قُلْنَا: العَرِيَّةُ: العَطِيَّةُ لُغَةً، وَتَأْوِيلُهُ أَنْ يَبِيعَ الْمُعْرَىٰ لَهُ مَا عَلَى النَّخِيلِ مِنَ الْمُعْرِي بِتَمْرٍ مَجْذُوذٍ، وَهُوَ بَيْعٌ مَجَازًا لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ فَيَكُونُ بِرًّا مُبْتَدَأً.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ البَيْعُ بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَزَةِ) وَهٰذِهِ بُيُوعٌ كَانَتْ فِي الجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلَانِ عَلَىٰ سِلْعَةٍ: أَيْ يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ نَبَذَهَا إِلَيْهِ البَائِعُ أَوْ وَضَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهَا حَصَاةً لَزِمَ البَيْعُ؛ فَالْأَوَّلُ بَيْعُ المُلَامَسَةِ وَالثَّانِي الْمُنَابَذَةُ، وَالثَّالِثُ إِلْقَاءُ الحَجَرِ، «وَقَدْ نَهَىٰ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ المُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ» وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْلِيقًا بِالْخَطَرِ.

نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفًا للوعد، وهذا عندنا جائزٌ لأنَّ الموهوب لم يصر ملكًا للموهوب له مادام متصلًا بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضًا عنه بل هبةً مبتدأةً، وإنَّما سُمِّي ذلك بيعًا مجازًا لأنه في الصورة عوضٌ يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أنَّ ذلك كان فيما دون خمسة أَوْسُق فظنَّ الراوي أنَّ الرخصة مقصورة علىٰ هذا فنقل كما وقع عنده.

قوله: وَقَدْ نَهَىٰ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ، الحديث، لم يتعرَّض لبيع إلقاء الحجر ولكنه أُلْحَق ببيع الملامسة والمنابذة بطريق الدلالة وهو أن يتساوما فإن أحبَّ المشتري إلزام البيع لَمَسها بيده أو وضع الحجر فيكون مشتريًا لها، رضي مالكها أو لم يرض، وإن أحبَّ مالكها إلزام البيع ينبذها إليه فيلزمه البيع وليس له الردُّ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ؛ وَلَوْ قَالَ: عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ جَازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ بِفُرُوعِهِ. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ المَرَاعِي وَلَا إِجَارَتُهَا) المُرَادُ الكَلَأُ، أَمَّا البَيْعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَىٰ مَا لَا يَمْلِكُهُ لِاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ،

بعد ذلك، وذكر في المنتقىٰ: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الملامسة أن يقول أبيعكَ هذا المتاع بكذا، فإذا لمستك وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك، وإلقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر وجب البيع.

قوله: الكَلَأُ، واحد الأكلاء وهو كل ما رعته الدوابُّ من الرطب واليابس، كذا في المغرب، وإنَّما قال: المُرَادُ الكَلَأُ، لأنَّ لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض فيجوز بيعها فلا يصح أن يراد، وإنَّما المراد بِها ما يحويه المراعي من الكلأ إطلاقًا لاسم المحل على الحال.

قوله: بِالْحَدِيثِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار»، والمراد بالماء الذي في الأنْهار والآبار، أمَّا إذا أخذه وجعله في وعاء فقد أحرزه فجاز بيعه، وبالكلأ ما نبت في أرضٍ غير مملوكة وما نبت في أرض مملوكة بغير إنبات رب الأرض، لأن رب الأرض لا يكون محرزًا له بكونه في أرضه، وإذا أنبته صاحب الأرض بالسقي والتربية في أرضه اختلفت الروايات فيه، فإنه ذكر في الذخيرة والمحيط: ولو باع حشيشًا في أرضه إن كان صاحب الأرض هو الذي أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش فنبت بتكلُّفه جاز لأنه ملكه، ألا ترىٰ أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل، ألا ترىٰ أن لكلِّ أحد أن يأخذه، وفي القدوري: ولا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولو ساق الماء إلىٰ أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه لأن الشركة في الكلأ ثابتةٌ بالنص وإنَّما ينقطع الشركة بالحيازة وسوق الماء

وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ مُبَاحٍ، وَلَوْ عَقَدَ عَلَى اسْتِهْلَاكِ عَيْنٍ مَمْلُوكٍ بِأَنِ اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا لَا يَجُوزُ فَهٰذَا أَوْلَىٰ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحْرَزًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يُؤْكَلُ كَالْبَغْلِ وَالْحِمَارِ، وَلَهُمَا أَنَّهُمَا مِنَ الْهَوَامِّ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالِانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بِعَيْنِهِ فَلَا

إلىٰ أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز، وذكر الإمام التمرتاشي والإسبيجابي عن المتأخرين رحمهم الله تعالىٰ: إذا نبت الكلأ بسقي ربِّ الأرض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش، ولو احتشّه إنسانٌ بلا إذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد، وإن نبت الشجر في أرضٍ مملوكةٍ فهو مملوكٌ لصاحب الأرض وإن نبت لا بإنباته، وذكر الحلوانِي عن محمد رحمه الله تعالى: الكلأ ما ليس له ساقٌ، وما قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج، وكان الفضلي يقول: هو كلأ، ومعنى إثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بِها وتجفيف الثياب بِها، أمّا إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبها، وذكر في الفوائد الظهيرية: وكذلك لا يجوز الإجارة لأنَّ المستحق بالإجارة المنافع دون الأعيان، إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة، كالصبغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلةً للخضاب والظؤورة، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: بخلاف استيجار الظئر حيث يجوز لأنَّ لبن بنات آدم في حكم المنفعة، ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه.

قوله: وَالِانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا بِعَيْنِهِ، احترز بقوله: لَا بِعَيْنِهِ، عن بيع المهر

يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِهِ قَبْلَ الخُرُوجِ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَ كُوَّارَةً فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنَ النَّحْلِ يَجُوزُ تَبَعًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُودِ القَزِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) لِأَنَّهُ مِنَ الهَوَامِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ القَزُّ تَبَعًا لَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَقِيلَ

والجحش فإنَّهما وإن كان لا ينتفع بِهما في الحال ولكن ينتفع بِهما في المآل بأعيانِهما فيجوز البيع.

قوله: كُوَّارَةً، الكُوَّارة بالضم والتشديد عن العوري معسل النحل إذا سُوِّي من طين.

قوله: كَذَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، ههنا، وذكر في موضع آخر أنَّ هذا قول القدوري، وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي جواز بيع النحل مع العسل وقال: إنَّما يدخل الشيء في البيع تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق، وهذا ليس من حقوقه، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ، وعليه الفتوى، اعتبارًا للعادة ولأنه يتولد منه ما هو منتفع به فيصح بيعه كبزر البطيخ، ففي دود القزِّ مرَّ أبو حنيفة رحمه الله تعالى على أصله المذكور في بيع النحل، وكذا محمد رحمه الله تعالى مرَّ علىٰ أصله فقال بالجواز فيهما، وأمَّا أبو يوسف رحمه الله تعالى ففرق، ففي بيع النحل مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي بيع دود القزِّ مع محمد رحمه الله تعالى فقال: ما ظهر من القزِّ منتفع به في المستقبل فكان بمنزلة المهر، بخلاف النحل، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ، لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ، وقال الإمام المحبوبي رحمه الله تعالى:

أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - كَمَا فِي دُودِ القَزِّ وَالْحَمَامِ إِذَا عَلِمَ عَدَدَهَا وَأَمْكَنَ تَسْلِيمُهَا جَازَ بَيْعُهَا لِأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ.

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الآبِقِ) لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْهُ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ) لِأَنَّ المَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ آبِقٍ مُطْلَقٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهٰذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ المُشْتَرِي؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ المُشْتَرِي انْتَفَى العَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ وَهُوَ المَانِعُ، ثُمَّ لَا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ أَخَذَهُ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَقَبْضُ الأَمَانَةِ لَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ البَيْعِ، وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهِدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لِأَنَّهُ قَبْضُ غَصْبٍ، وَلَوْ قَالَ هُوَ عِنْدَ فُلَانٍ فَبِعْهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ، وَلَوْ بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِنَ الإِبَاقِ لَا يَتِمُّ ذٰلِكَ

وعليه الفتوى، وفي الذخيرة: فإنه اختيار الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ، أي إنه يأخذه للردّ على المولى لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة وهو أدنى لأنه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لأنه مضمون لازم، ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضًا، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: وإن لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أي لا يصير قابضًا، وعندهما يصير قابضًا عقيب الشراء، وإن كان أخذه لنفسه يصير قابضًا عقيب الشراء عندهم جميعًا.

قوله: وَلَوْ بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِنَ الإِبَاقِ لَا يَتِمُّ ذٰلِكَ العَقْدُ، ويحتاج إلىٰ بيعٍ جديدٍ،

العَقْدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ كَبَيْعِ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَتِمُّ العَقْدُ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ لِأَنَّ العَقْدَ انْعَقَدَ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ وَالْمَانِعَ قَدِ ارْتَفَعَ وَهُوَ العَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ، كَمَا إِذَا أَبَقَ بَعْدَ البَيْعِ، وَهٰكَذَا يُرْوَىٰ عَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -.

وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتًا وقت البيع فلا يجوز، وإن وجده من بعد وصار كما لو باع خمرًا فصار خلًّا في المجلس وسلمه، أو باع طيرًا في الهواء، أو سمكًا في الماء ثمَّ أخذه وسلمه في المجلس فإنه لا يجوز.

قوله: لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ، لأنَّ محل البيع مال مقدور التسليم والآبق ليس بمقدور التسليم، ولأنَّ المالية في الآبق تاوية فهو كالمعدوم حقيقةٌ في المنع من البيع، فإن قيل: فلِمَ جاز إعتاقه؟ قلنا: الإعتاق إبطال الملك فلا نسلم تواه بالإباق، وأمَّا البيع فإثبات الملك للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه يتم العقد، وبه أخذ الكرخي رحمه الله تعالى وجماعة من مشايخنا، وذكر القاضي الإسبيجابي رحمه الله تعالى: وبعد ظهور الآبق فأيُّهما امتنع من البائع والمشتري يجبران على التسليم والتسلم ولا يحتاج إلى بيع جديد، إلا إذا كان المشتري رفع الأمر إلى القاضي، وطلب التسليم من البائع، وظهر عجزه عن التسليم، وفسخ القاضي العقد بينهما، ثمَّ ظهر العبد فحينئذٍ يحتاج إلىٰ بيع جديد، كذا في الذخيرة.

قوله: وَالْمَانِعَ قَدِ ارْتَفَعَ، وهو العجز، فإذا زال صار كأن لم يكن، كالراهن يبيع المرهون ثمَّ يفتكه قبل الخصومة، كذا في المبسوط، ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز، ولو وهبه له أو ليتيم في حجره جاز لأنَّ ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ لَبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْءُ الآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ مُكَرَّمٌ مَصُونٌ عَنِ الِابْتِذَالِ بِالْبَيْعِ، وَلَا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ لَبَنِ الحُرَّةِ

البيع، وإعتاق الآبق عن الكفارة جائزٌ إذا علم حياته ومكانه، كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: وَلَا بَيْعُ لَبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ، وإنَّما قال: في قدح، لأنه لو لم يذكر القدح لتوهَّم أنه يجوز بيعه إذا كان في العقد، وإنَّما لا يجوز بسبب كونه في الثدي، كما هو الحكم في ألبان سائر الحيوانات أنه إذا باعه وهو في الضرع لا يجوز، وإذا كان في القدح أو في غيره من الإناء يجوز.

قوله: لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ، في النهاية: ذكر الطهارة بعد كونه مشروبًا احتِراز عن الخمر وعمَّا لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرًا، كحبات الحنطة لعدم الانتفاع، فإنه لا يجوز بيعهما، لفوات وصف الطهارة في الخمر، وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة، ولنا أنه جزء الآدمي فلا يكون مالًا لأنَّ المال هو غير الآدمي خُلِقَ لمصلحة الآدمي ممَّا يجري فيه الشحُّ والضنَّة ومحل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلًا، وأمَّا دلالة أنَّ اللبن جزء الآدمي فهو أنَّ الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية فلمَّا كان هو جزء الآدمي والآدمي بجميع أجزائه مكرَّمٌ مصون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه، فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونةٌ بالإتلاف فوجب أن يكون اللبن كذلك؟ قلنا: أجزاء الآدمي لا تضمن بالإتلاف بل يضمن ما انتقص من الأصل، ألا ترىٰ أنَّ الجرح إذا اتصل به البُرء يسقط الضمان، وكذلك السنُّ إذا نبتت إلا ما يستوفى بالوطء فإنه مضمون، وإن لم ينقص شيئًا تعظيمًا للبضع، ألا ترىٰ أنه يجب وإن أذنت بالاستيفاء إذا لم يجب الحد، بخلاف الطرف فإنه لا ضمان فيه مع الإذن، وهذا لأن ما يستوفى بالوطء ملحقٌ بالنفس حكمًا في حق الضمان احتِرامًا للماء الذي منه النفس، وبإتلاف اللبن لا ينتقص من الأصل شيءٌ فلا

وَالْأَمَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لَبَنِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَىٰ نَفْسِهَا فَكَذَا عَلَىٰ جُزْئِهَا، قُلْنَا: الرِّقُّ قَدْ حَلَّ نَفْسَهَا، فَأَمَّا اللَّبَنُ فَلَا رِقَّ فِيهِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَحِلٍّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ القُوَّةُ الَّتِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الحَيُّ وَلَا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الخِنْزِيرِ) لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، وَيَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ لِلْخَرْزِ لِلضَّرُورَةِ فَإِنَّ ذٰلِكَ العَمَلَ لَا يَتَأَتَّىٰ

يضمن، كذا في الأسرار، وأمَّا قوله: أنه مشروب طاهر، قلنا: لا نسلم بأنَّ اللبن مشروب على الإطلاق، وإنَّما هو غذاء في تربية الصبيان لأجل الضرورة فهم لا يتربون إلا بلبن الجنس عادةً، كالميتة تكون غذاءً عند الضرورة حتى لو استغنى لم يبح شربه، وصبه في عين رمدة عند بعض أصحابنا لا يجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به، ولا يدل هذا على أنه مالٌ متقوِّمٌ، وهذا نظير النكاح فإنَّ البضع يتملك بالعقد للحاجة إلى قضاء الشهوة وإقامة النسل ولا يحصل ذلك إلا بالجنس، ثمَّ ذلك لا يدل على أنه مال متقوم مع أنَّ الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق، وأمَّا ما يحلب بالقوارير فقلَّما يحصل به غذاء الصبي، وفي تجويز بيع ذلك فساد فإنه يثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربىٰ به من الصبيان، فإذا لم يكن معلومًا يتمكَّن فساد في الأنكحة والله لا يحب الفساد.

قوله: فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لَهُ، فإن قيل: جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الإهانة، وفي شعر الخنزير دليل الإعزاز، فكيف يكون الشيء الواحد دليل الإعزاز والإهانة؟ قلنا: إنَّما كان كذلك باعتبار المحل، كما أنَّ الإحراق إهانةٌ في حق الآدمي إعزاز في حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لأنَّ ذلك

بِدُونِهِ، وَيُوجَدُ مُبَاحَ الأَصْلِ فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى البَيْعِ، وَلَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ القَلِيلِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يُفْسِدُهُ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِطْلَاقَ لِلضَّرُورَةِ فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَالَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَحَالَةُ الوُقُوعِ تُغَايِرُهَا (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شُعُورِ الإِنْسَانِ وَلَا الِانْتِفَاعُ بِهَا) لِأَنَّ الآدَمِيَّ مُكَرَّمٌ لَا مُبْتَذَلٌ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهِ مُهَانًا وَمُبْتَذَلًا وَقَدْ قَالَ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَعَنَ اللهُ الوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ» الحَدِيثُ، وَإِنَّمَا

حالة الضرورة، فأمّا البيع فيكره للبائع، وقيل: لا يطيب الثمن للبائع، ولا بأسَ للأساكفة أن يصلُّوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم، وفي الشافي: لو صلّىٰ ومعه شعر الخنزير أكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطًا عند آخرين لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: تجوز، وفي الذخيرة: هذا في المنتوف، وأما المجذوذ فطاهرٌ.

قوله: لِأَنَّ إِطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، والصحيح قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنه لو كان طاهرًا مباح الانتفاع به يصحُّ بيعه قياسًا علىٰ عامة ما هذا شأنه، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبًا أو خفًّا مخروزًا بشعر الخنزير.

قوله: الوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَة، الواصلة التي تصل الشعر، والمستوصلة التي يفعل بِها ذلك، وروي عن محمد رحمه الله تعالىٰ: أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالًا بما رُوِيَ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه وكانوا يتبرَّكون به، ولو كان نجسًا لَمَا فعل، وأنه لا يتبَرك بالنجس، ألا ترىٰ أنَّ أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبَرك نَهاه أن يعود إلىٰ مثله في المستقبل.

يُرَخِّصُ فِيمَا يُتَّخَذُ مِنَ الوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ.

قَالَ: (وَلَا بَيْعُ جُلُودِ المَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ المَيْتَةِ بِإِهَابٍ» وَهُوَ اسْمٌ لِغَيْرِ المَدْبُوغِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالِانْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدِّبَاغِ) لِأَنَّهَا قَدْ طَهُرَتْ بِالدِّبَاغِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ عِظَامِ المَيْتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِهَا وَالِانْتِفَاعِ بِذٰلِكَ كُلِّهِ) ؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لَا يَحِلُّهَا المَوْتُ؛ لِعَدَمِ الحَيَاةِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَالفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسُ العَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -

قوله: فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وَذَوَائِبِهِنَّ، أي يزيد في أصول الشعر للتكثير، وفي الذوائب للتطويل.

قوله: وَلَا بَيْعُ جُلُودِ المَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ، ولا يقال: نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس، لأنا نقول: هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة فلمَّا لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد، وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين، فأمَّا النجاسة في الثوب فليس بأصل الخلقة بل جاورته بعد أن لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغيَّر حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه، كذا في الجامع الصغير لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْفِيلُ كَالْخِنْزِيرِ نَجِسُ العَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره، فكان نجس العين كالخنزير، وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السِّبَاعِ، لأنه منتفع به حقيقةً فكان منتفعًا به شرعًا اعتبارًا بسائر السباع، هذا هو الأصل،

وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السِّبَاعِ حَتَّىٰ يُبَاعَ عَظْمُهُ وَيُنْتَفَعُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لِآخَرَ فَسَقَطَا أَوْ سَقَطَ العُلُوُّ وَحْدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي لَيْسَ بِمَالٍ لِأَنَّ المَالَ مَا يُمْكِنُ إِحْرَازُهُ وَالْمَالُ هُوَ المَحِلُّ لِلْبَيْعِ، بِخِلَافِ الشِّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلْخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ المَاءِ وَلِهٰذَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ وَلَهُ

إلَّا إذا قام الدليل بخلافه.

قوله: حَتَّىٰ يُبَاعَ عَظْمُهُ، هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، وأمَّا إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه.

قوله: فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ، أي حق التعلي والمال هو المحل للبيع، فإنَّ محل البيع هو مال، أو حق يتعلق بالعين، وحق التعلي يتعلق بالهواء، والهواء ليس بمالٍ، لأنَّ المال ما يمكن قبضه وإحرازه.

قوله: لِأَنَّهُ حَظٌّ مِنَ المَاءِ، والماء عينُ مالٍ فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين، فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي أن لا يجوز البيع إذا كان الماء معدومًا في الأرض؟ قلنا: إنَّما يجوز للضرورة وبفرضية وجوده كالسلم والاستصناع.

قوله: وَلِهٰذَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ، بأن يسقي أرضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادَّعىٰ رجلٌ شراء أرض بشربِها بألفٍ فشهد شاهدٌ بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتُهما لاختلافهما في ثمن الأرض، لأنَّ الذي زاد الشرب نقص ثمن الأرض لأنَّ بعض الثمن مقابل بالشرب فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الأرض،

قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الشُّرْبِ.

قَالَ: (وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ جَائِزٌ وَبَيْعُ مَسِيلِ المَاءِ وَهِبَتُهُ بَاطِلٌ) وَالْمَسْأَلَةُ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ، وَبَيْعُ حَقِّ المُرُورِ وَالتَّسْيِيلِ. فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ المَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومٌ لِأَنَّ لَهُ طُولًا وَعَرْضًا مَعْلُومًا، وَأَمَّا المَسِيلُ فَمَجْهُولٌ لِأَنَّهُ لَا يُدْرَىٰ قَدْرُ مَا يَشْغَلُهُ مِنَ المَاءِ وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَفِي بَيْعِ حَقِّ المُرُورِ رِوَايَتَانِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَىٰ إِحْدَاهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَقِّ التَّسْيِيلِ أَنَّ حَقَّ المُرُورِ مَعْلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحِلٍّ مَعْلُومٍ وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا المَسِيلُ عَلَى السَّطْحِ فَهُوَ نَظِيرُ حَقِّ التَّعَلِّي وَعَلَى الأَرْضِ مَجْهُولٌ لِجَهَالَةِ مَحِلِّهِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ حَقِّ المُرُورِ وَحَقِّ التَّعَلِّي عَلَىٰ إِحْدَىٰ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ حَقَّ التَّعَلِّي يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ لَا تَبْقَىٰ وَهُوَ البِنَاءُ فَأَشْبَهَ المَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ المُرُورِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ تَبْقَىٰ وَهُوَ الأَرْضُ فَأَشْبَهَ الأَعْيَانَ.

وإنَّما لم يجز بيعه مقصودًا في رواية، وهو اختيار مشايخ بخارىٰ للجهالة، وبيع المسيل لا يخلو عن خمسة أوجه: إمَّا أن يريد به بيع رقبة المسيل وهي النهر، فهو جائز، أو يريد به رقبة الأرض لتسييل الماء فهو علىٰ وجهين: إن بيَّن حدوده وموضعه فهو جائز أيضًا، وإن لم يبيِّن لا يجوز، وإمَّا أن يريد به حق التسييل فهو لا يخلو إمَّا أن كان على السطح وهو غير جائز لمعنيين: أحدهما أنه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلي، والثاني بمنزلة الجهالة لأن التسييل مجهولٌ مختلفٌ لقلَّة الماء وكثرته، أو في الأرض وإنه لا يجوز للجهالة.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ) فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعْجَةٌ حَيْثُ يَنْعَقِدُ البَيْعُ وَيَتَخَيَّرُ، وَالْفَرْقُ يَبْتَنِي عَلَى الأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ أَنَّ الإِشَارَةَ مَعَ التَّسْمِيَةِ إِذَا اجْتَمَعَتَا فَفِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِالْمُسَمَّىٰ

فقوله: فَإِذَا هُوَ غُلَامٌ، ذكر الضمير بتذكير الخبر.

قوله: وَالْفَرْقُ يَبْتَنِي عَلَى الأَصْلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، وهو متَّفق عليه في حكمه، لكن ذكرنا ذلك الأصل المتفق عليه في وجه قول محمد رحمه الله تعالىٰ في مسئلة ما إذا تزوَّجها على هذا الدنِّ من الخلِّ فإذا هو خمرٌ، فلاتفاقهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فإذا هو غلامٌ.

قوله: فَفِي مُخْتَلِفِي الجِنْسِ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِالْمُسَمَّىٰ، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي: أشار في البيع وسمَّىٰ، فإن كان المشار إليه خلاف المسمَّىٰ جنسًا تعلَّق العقد بالمسمَّىٰ إذا لم يعلم المشتري أنَّ المشار إليه خلاف جنس المسمَّىٰ، فإن علم تعلَّق بالمشار إليه حتى لو قال: بعتك هذه الجارية، وأشار إلى العبد تعلق العقد بالعبد، وكذا لو قال: اشترِ لي جارية بِهذه الدراهم، وأشارِ إلى الدنانير تعلَّق التوكيل بالدنانير، وذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالى: إنَّما يتعلق بالمشار إليه في متفقي الجنس لأنَّ الجمع بين الإشارة والتسمية هناك ممكن بأن يجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب، حتّىٰ لو قال بعتُ هذا العبد الخبَّاز فإذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحًا وكان ذكر الوصف للتَّرغيب، وإذا كان بخلاف الجنس المسمى يتعلق العقد بالمسمَّىٰ لأنَّ العقد يبتني على المسمى وهو المقصود، والبناء على المقصود واجبٌ ويتخيَّر لفوات الوصف، وذكر في الفوائد الظهيرية: ويثبت الخيار إذا كان الموجود أنقص، هكذا ذكر هنا، وهكذا أيضًا ذكره صدر الإسلام في الجامع الصغير، وذكر

وَيَبْطُلُ لِانْعِدَامِهِ، وَفِي مُتَّحِدِي الجِنْسِ يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لِوُجُودِهِ وَيَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الوَصْفِ، كَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ مِنْ بَنِي آدَمَ جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، وَفِي الحَيَوَانَاتِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِلتَّقَارُبِ فِيهَا وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي هٰذَا دُونَ الأَصْلِ كَالْخَلِّ وَالدِّبْسِ جِنْسَانِ. وَالْوَذَارِيُّ وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ عَلَىٰ مَا قَالُوا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَّةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِنَ البَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ الثَّمَنَ الأَوَّلَ لَا يَجُوزُ البَيْعُ الثَّانِي) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ لِأَنَّ المِلْكَ قَدْ تَمَّ فِيهَا بِالْقَبْضِ فَصَارَ البَيْعُ مِنَ البَائِعِ وَمِنْ غَيْرِهِ سَوَاءً وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ بِمِثْلِ

صاحب المحيط: أنَّ للمشتَري الخيار من غير تقييد بكونه أنقص، وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط.

قوله: جِنْسَانِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الأَغْرَاضِ، فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار، ومن الإماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد.

قوله: لِلتَّقَارُبِ فِيهَا، فالمبتغى من الكل اللحم أو الركوب أو الحمل.

قوله: وَالْوَذَارِيُّ وَالزَّنْدَنِيْجِيُّ، الوذاريُّ بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوبٌ منسوبٌ إلىٰ وذار، قرية بسمرقند، والزندنيجي ثوبٌ منسوبٌ إلىٰ زندنة، قريةٌ ببخارىٰ، كذا في المغرب.

الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ أَوْ بِالْعَرْضِ، وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا -: لِتِلْكَ الْمَرْأَةِ وَقَدْ بَاعَتْ بِسِتِّمِائَةٍ بَعْدَمَا اشْتَرَتْ بِثَمَانِمِائَةٍ:

قوله: أَوْ بِالْعَرْضِ، يعني اشترىٰ بألفٍ ثمَّ باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقلُّ من الألف فإنه جائز بالاتفاق، ولو باعها بالدَّراهم ثمَّ اشتراها بالدنانير وقيمة الدنانير أقلُّ من الثمن الأول لا يجوز عندنا استحسانًا، خلافًا لزُفر رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَنَا قَوْلُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا لِتِلْكَ الْمَرْأَةِ، وهو أنَّ امرأةً دخلت علىٰ عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت: إنِّي اشتريتُ من زيد بن أرقم جاريةً إلى العطاء بثمان مائة درهم، ثمَّ بعتُها منه بستِّ مائة درهم، فقالت عائشة: بئس ما شريتِ وبئس ما اشتريتِ، أبلغي زيد بن أرقم أنَّ الله تعالىٰ أبطل حجَّه وجهاده مع رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم إن لم يتب عن هذا، فأتاها زيد بن أرقم معتذرًا فتلت قوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فهذا الوعيد الشديد دليلٌ علىٰ فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدي إليه العقل، إذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئًا من الطاعات، إلا أن يثبت شيء من ذلك بالوحي، فدلَّ علىٰ أنَّها قالته سماعًا، واعتذار زيد إليها دليلٌ على ذلك لأنَّ في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضًا وما كان يعتذر أحدهم إلىٰ صاحبه فيها، ولا يقال: إنَّما ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء، لأنا نقول: إنَّ مذهب عائشة رضي الله عنها جواز البيع إلى العطاء، ولأنَّها قد كرهت العقد الثاني بقولها: بئسما شريت، وليس فيه هذا المعنى، وإنَّما ذمَّت البيع الأول وإن كان جائزًا عندها لأنه صار ذريعة إلى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد، وهذا كما يقول لصاحبه: بئس البيع الذي أوقعك في هذا الفساد، وإن كان البيع جائزًا، فإن قيل: يحتمل أنَّها ذمَّت البيع الأول لفساده بجهالة الأجل وأنَّها رجعت عن تجويز البيع إلى العطاء والبيع الثاني لأنه بيع المبيع قبل القبض إذ القبض لم يذكر في الحديث؟ قلنا: الرجوع لم يثبت وإنَّما

بِئْسَمَا شَرَيْتِ وَاشْتَرَيْتِ، أَبْلَغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللهَ تَعَالَىٰ أَبْطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِنْ لَمْ يَتُبْ؛ وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ المَبِيعُ وَوَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسِمِائَةِ وَذٰلِكَ بِلَا عِوَضٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالْعَرْضِ لِأَنَّ الفَضْلَ إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ المُجَانَسَةِ.

ذمت البيع الثانِي لأجل الربا حتى تلت عليه آية الربا، وليس في بيع المبيع قبل القبض الربا.

قوله: بِئْسَمَا شَرَيْتَ، أي بعتَ لأنَّ الشراء يستعمل في معنى البيع، قال الله تعالىٰ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] أي باعوه، ثمَّ إنَّما قدمت العقد الثانِي لأنَّ الفساد فيه مقصودٌ وفي الأول باعتبار الوسيلة، فإن قيل: قد جاء الوعيد أيضًا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائزٌ لا فاسدٌ؟ قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع، حتّىٰ لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقًا أيضًا فلمَّا أمكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلًا في جواز البيع وكره ذلك نسبة إلى التفريق، وأمَّا هٰهنا لمَّا كان الوعيد لشبهة الربا والربا مخصوصٌ بالبيع فأوْجَب الفساد، ولأنَّ في هذا لمَّا كان شبهة الربا أوْجَب الفساد لأنَّ شبهة الربا ملتحقة بحقيقة الربا فأوْجَب الفساد كحقيقته.

قوله: وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، لأنَّ الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع، فإذا عاد إليه عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه وتقابل خمس مائة بخمس مائة قصاصًا سلم للبائع خمس مائة مع سلامة الجارية له، وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن، لأنَّها تنشأ من زيادة الثمن الأول على الثمن الثانِي والثمن الأول لم يدخل في ضمانه، بخلاف ما إذا اشتَراه بمثل الثمن الأول أو أكثر لأنَّ الربح ثمَّ حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه،

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخْرَىٰ مَعَهَا مِنَ البَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ الثَّمَنَ بِخَمْسِمِائَةٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنَ البَائِعِ وَيَبْطُلُ فِي الأُخْرَىٰ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَجْعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْأُخْرَىٰ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِنْدَنَا، وَلَمْ يُوجَدْ هٰذَا المَعْنَىٰ فِي صَاحِبَتِهَا وَلَا يَشِيعُ الفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لِكَوْنِهِ

وبخلاف ما إذا باعه بالعرض لأنَّ الفضل إنَّما يظهر عند المجانسة.

قوله: وَلَا يَشِيعُ الفَسَادُ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا، أي في المشتَرَاة لكونه مجتهدًا فيه، لِمَا أنَّ شراء ما باع بأقلَّ ممَّا باع قبل نقد الثمن جائزٌ عنده، فلمَّا ضعف الفساد فيها لم يتعد إلى المضمومة إليها، كما لو باع عبدًا ومدبرًا حيث يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر، حتَّىٰ لو قضىٰ بجوازه يجوز، فإن قيل: أليسَ أنه إذا أسْلَم برًّا في شعيرٍ وزبيبٍ يفسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وكذا إذا أسلم قوهيةً في قوهيةٍ ومرويةٍ، ثمَّ إنَّ فساد العقد بسبب الجنسية مجتهدٌ فيه لأنه لو أسلم ثوبًا هرويًا في ثوب هرويٍّ يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وكذلك يجوز عنده إسلام القوهيِّ في القوهيِّ ومع ذلك تعدَّىٰ فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهي في المروي والبُر في الزبيب؟ قلنا: ذا ليسَ بطريق تعدي الفساد كما زعم البعض، بل باعتبار أنَّ إعلام رأس المال شرطٌ عنده والمسلم فيه مختلفٌ فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخصُّ كل واحد منهما من رأس المال، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر إسلام القوهية في القوهية والمروية: وبهذا تبيَّن أن الطريق ما قلنا في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في مسئلة إسلام الحنطة في الشعير والزبيب بأنَّ العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل، أمَّا في حصة الشعير فظاهرٌ، وفي حصة الزبيب فقد

مُجْتَهِدًا فِيهِ أَوْ؛ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا، أَوْ؛ لِأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ بِانْقِسَامِ الثَّمَنِ أَوِ المُقَاصَّةِ فَلَا يَسْرِي إِلَىٰ غَيْرِهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ زَيْتًا عَلَىٰ أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِهِ فَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ ظَرْفٍ خَمْسِينَ رَطْلًا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَوِ اشْتَرَىٰ عَلَىٰ أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُ بِوَزْنِ الظَّرْفِ

جعل قبول العقد في الشعير شرطًا في قبول العقد في الزبيب، لأنَّ من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فإنه يكون شارطًا عليه قبول العقد في كل واحد منهما، ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز، وهذا شرط فاسدٌ، والسلم بالشرط الفاسد يفسد، بخلاف بيع القنِّ والمدبر لأنَّ العقد في المدبر ليس بفاسدٍ، ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز دون ما قاله بعض مشايخنا، لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الفساد إذا كان قويًّا مجمعًا عليه تمكَّن في البعض تعدَّى إلى ما بقي، فإنَّ فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه، وسوىٰ في الفصلين أي فصل إسلام الحنطة وفصل إسلام القوهية علىٰ ما ذكرنا.

قوله: أَوْ؛ لِأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الرِّبَا، من حيث إنه يعود إليه كل رأس ماله مع زيادةٍ ليس بإزائها ضمانٌ وعوضٌ، وشبهة الربا كحقيقته، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة لَكُنَّا قد اعتبرنا شبهة الشبهة، وذلك لا يجوز.

قوله: أَوْ؛ لِأَنَّهُ طَارِئٌ، وله وجهان: أحدهما: أنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه أقلَّ من الثمن الأول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة، ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع فحينئذٍ يفسد البيع فيما باع، وهذا فساد طارئٌ فلا يتعدَّىٰ إلى الأخرىٰ، والآخر المقاصة وذلك أنَّ بائع الجارية أوَّلًا لمَّا باعها بخمس مائة ثمَّ اشتراها وأخرىٰ معها بخمس مائة تقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلًا من غير أن يقابله عوضٌ، والمقاصة تقع عقيب

جَازَ) ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الأَوَّلَ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَالثَّانِي يَقْتَضِيهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ سَمْنًا فِي زِقٍّ فَرَدَّ الظَّرْفَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَقَالَ البَائِعُ الزِّقُّ غَيْرُ هٰذَا وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي) لِأَنَّهُ إِنْ أُعْتُبِرَ اخْتِلَافًا فِي تَعْيِينِ الزِّقِّ المَقْبُوضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا، وَإِنْ أُعْتُبِرَ اخْتِلَافًا فِي السَّمْنِ فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ المُسْلِمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا لَا يَجُوزُ: عَلَى المُسْلِمِ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الخِنْزِيرُ، وَعَلَىٰ هٰذَا تَوْكِيلُ المُحْرِمِ غَيْرَهُ بِبَيْعِ صَيْدِهِ. لَهُمَا

وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانِي فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئًا.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ الأَوَّلَ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، لأنَّ مقتضى العقد أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجدُ، وعسىٰ وزنه أقلّ من خمسين أو أكثر فكان شرطًا مخالفًا لمقتضى العقد، أو لأنه يؤدي إلىٰ جهالة المبيع، أو يوجب أن يبقىٰ له بعض الزيت بغير الثمن، أو أن يؤدي ثمن ما لا يصل إليه من الزيت.

قوله: ضَمِينًا كَانَ - كالغاصب - أَوْ أَمِينًا، كالمودع.

قوله: فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اخْتِلَافٌ فِي الثَّمَنِ، والقول للمشتري لأنه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وإن اختلفا في الثمن لأنَّ اختلافهما في الثمن تبعًا لاختلافهما في الزقّ والاختلاف في الزقِّ لا يوجب التحالف لأنه ليس بمعقودٍ به ولا معقودٍ عليه، وكذا الاختلاف فيما يثبت تبعًا لأنَّ حكم التبع يخالف حكم الأصل.

أَنَّ الْمُوَكِّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُوَلِّيهِ غَيْرَهُ؛ وَلِأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَىٰ الْمُوَكِّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

قوله: أَنَّ الْمُوَكِّلَ لَا يَلِيهِ فَلَا يُوَلِّيهِ غَيْرَهُ، كمسلم يوكل مجوسيًّا بأن يزوجه مجوسيةً حيث لا يصح بالاتفاق، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: الوكيل إنَّما يملك التصرف لكونه حرًّا عاقلًا بالغًا، ولهذا يستغني عن الإضافة إلى الموكل ويرجع الحقوق إليه، والحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه، والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إليه إرثًا، وصورة الإرث بأن أَسْلَم النصرانِي وله خنازير وخمور ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر وله وارثٌ مسلم يملكها، فإن قيل: الوراثة ليست نظير مسئلتنا لأنَّ الوراثة أمر جبري والتوكيل أمر اختياري، والأمر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري؟ قلنا: ثبوت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة أمر جبري أيضًا حيث يثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت، وبالاتفاق أنَّ المأذون له إذا كان نصرانيًّا اشترىٰ خمرًا ومولاه مسلم يثبت الملك له فيها فيجب أن يكون هنا كذلك، فإن قيل: يثبت بين الوكيل والموكل أحكام المبايعة، حتَّى أنَّ التحالف يجري بينهما عند التجاحد ويثبت احتباس المبيع ويثبت الردُّ بالعيب، هذه أحكامُ المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي أن يمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الأحكام لأنَّ المسلم كما هو ممنوعٌ عن حقيقة الشراء ممنوع أيضًا عما هو شبيه بالشراء بمباشرة حكمه، ألا ترىٰ أنه يمنع عن قبض الخمر حكمًا للشراء الموجود منه حال كفره؟ قلنا: هذه الأحكام تثبت مضافة إلى الشراء لا إلى الوكالة، والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكمًا للوكالة، بخلاف القبض لأنه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع باختياره فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشراء باختياره وهو القبض، وقولهما أنَّ الموكل لا يليه فغيره لا يوليه منقوضٌ بمسائل: منها: أنَّ الوكيل بشراء شيءٍ بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن، وله أن يوكل غيره بذلك، ومنها: أنَّ الذمي إذا أَوْصىٰ إلىٰ مسلم وقد ترك

أَنَّ العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوِلَايَتِهِ، وَانْتِقَالُ المِلْكِ إِلَى الآمِرِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسْلَامِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُمَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَمْرًا يُخَلِّلُهَا وَإِنْ كَانَ خِنْزِيرًا يُسَيِّبُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنْ يُعْتِقَهُ المُشْتَرِي أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَىٰ أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) ؛ لِأَنَّ هٰذَا بَيْعٌ وَشَرْطٌ وَقَدْ نَهى النَّبِيُّ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ، ثُمَّ جُمْلَةُ المَذْهَبِ فِيهِ أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ العَقْدُ كَشَرْطِ المِلْكِ لِلْمُشْتَرِي لَا يُفْسِدُ العَقْدَ

خمرًا أو خنزيرًا فإنَّ الوصي يوكل ذميًّا ببيعه وقسمته وإن كان لا يملك هو بنفسه، ومنها: أنَّ المريض في مرض الموت إذا باع بما يتغابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرقة لِمَالِهِ لا يجوز، ومن وصيه بعد موته يجوز، ومتىٰ جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كان خمرًا يخللّه، وإن كان ثمن خمر تصدق به لأنه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حرم شربُها حرم بيعها وأكل ثمنها».

قوله: العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ بِأَهْلِيَّتِهِ، الأصل أنَّ الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أصلٌ في حق نفس التصرف ونائبٌ عن الموكل في حكم التصرف، فيعتبر أهليته لنفس التصرف وأهلية الموكل لحكم التصرف، وعندهما نائب عن الموكل في حق نفس التصرف فيعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف.

قوله: ثُمَّ جُمْلَةُ المَذْهَبِ فِيهِ - أي الأصل الكلي الشامل لفروع أصحابنا - أَنْ يُقَالَ: كُلُّ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، أي يجب بالعقد بلا شرط، كشرط الملك للمشتري في المبيع، أو شرط تسليم الثمن، أو تسليم المبيع لا يفسد العقد لأنه يثبت بمطلق العقد فلا يفيده الشرط

لِثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَكُلُّ شَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ يُفْسِدُهُ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي العَبْدَ المَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَنِ العِوَضِ فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، أَوْ؛ لِأَنَّـهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ فَيَعْرَى العَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ إِلَّا

إلا تاكيدًا، وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد، إلا أنه يلايم البيع أي يؤكد موجبه، كالبيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنًا أو كفيلًا وهو معلوم بالإشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضًا، لأنَّ الرهن شرع وثيقةً وتأكيدًا لجانب الاستيفآء واستيفآء الثمن موجب العقد، فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد، فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسد، فإن لم يكونا معلومين فسد البيع لأنَّ جهالة الرهن والكفيل تفضي إلى النزاع فالمشتري يعطيه رهنًا أو كفيلًا والبائع يطالبه بآخر، وكل شرط لا يلايم العقد إلَّا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل، أو لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء النعل على أن يحذوها أو يشركها لا يفسده أيضًا استحسانًا، للتعامل وهو حجة يترك به القياس، وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، وهو من أهل أن يستحق حقًّا على الغير بأن يكون آدميًّا يفسد العقد، كبيع عبدٍ بشرط أن لا يبيعه المشتري، فإنَّ العبد يعجبه أن لا يتداوله الأيدي وإن لم يكن من أهل الاستحقاق بأن اشترى فرسًا بشرط أن يعلفه كذا منًّا من الشعير أو لم يكن فيه منفعة لأحدٍ كشراء دابة أو ثوبٍ بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصحَّ البيع في ظاهر المذهب، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يفسد به البيع.

قوله: أَوْ؛ لِأَنَّـهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ الْمُنَازَعَةُ، لأنه متىٰ كان منتفعًا به كان مرغوبًا فيه وكان له طالبٌ فيقع بسببه النزاع ومتىٰ لم يكن مرغوبًا فيه لم يكن زيادة تقدير أو لم يكن له طالب فلا يؤدي إلى الربا والنزاع، فإن قيل: لمَّا شرط المشتري أو البائع شرطًا في العقد فالظاهر

أَنْ يَكُونَ مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ العُرْفَ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ، وَلَوْ كَانَ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَلَا مَنْفَعَةَ فِيهِ لِأَحَدٍ لَا يُفْسِدُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنَ المَذْهَبِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ المُشْتَرِي الدَّابَّةَ المَبِيعَةَ لِأَنَّهُ انْعَدَمَتِ المُطَالَبَةُ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، وَلَا إِلَى المُنَازَعَةِ. إِذَا ثَبَتَ هٰذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هٰذِهِ الشُّرُوطَ لَا يَقْتَضِيهَا العَقْدُ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الإِطْلَاقُ فِي التَّصَرُّفِ، وَالتَّخْيِيرُ لَا الإِلْزَامُ حَتْمًا، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي ذٰلِكَ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي العِتْقِ وَيَقِيسُهُ عَلَىٰ بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَتَفْسِيرُ المَبِيعِ نَسَمَةً أَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتِقُهُ

أنه يجري علىٰ موجبه فلا يؤدي الشرط حينئذٍ إلى المنازعة؟ قلنا: يفسد العقد بالشرط بظاهر ما رُوِيَ عن النبي عليه الصلاة والسلام نَهىٰ عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجرى الشارط على شرطه لأنَّ الشرط إنَّما يراعى في البيع الصحيح.

قوله: وَيَقِيسُهُ عَلَىٰ بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً، والنسمة النفس، من نسم الريح، ثمَّ سُمِّيت بِها النفس، ومنها: أعتق النسمة، والله تعالىٰ بارئ النسم، وأمَّا قوله: ولو أوصىٰ بأن يباع عبده نسمةً صحت الوصية، فالمراد أن يباع للعتق، أي لمن يريد أن يعتقه وانتصابُها على الحال على معنًى معرضًا للعتق، وإنَّما صح هذا لأنه لمَّا كثر ذكرها في باب العتق وخصوصًا في قوله عليه الصلاة والسلام: «فكَّ الرقبةَ وأعتقِ النَّسمةَ» صارت كأنَّها اسم لِمَا هو يعرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعانِي الأفعال، كذا في المغرب.

قوله: فَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي من الحديث والمعقول، وهو أنه يفضي إلى الربا أو النزاع.

لَا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ العِتْقِ صَحَّ البَيْعُ حَتَّىٰ يَجِبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَبْقَىٰ فَاسِدًا حَتَّىٰ يَجِبَ عَلَيْهِ القِيمَةُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إِذَا تَلِفَ بِوَجْهٍ آخَرَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شَرْطَ العِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَائِمُ العَقْدَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلٰكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمِهِ يُلَائِمُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُ لِلْمِلْكِ وَالشَّيْءُ بِانْتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ، وَلِهٰذَا لَا يَمْنَعُ العِتْقُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، فَإِذَا تَلِفَ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ لَمْ تَتَحَقَّقِ المُلَاءَمَةُ فَيَتَقَرَّرُ الفَسَادُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتْقُ تَحَقَّقَتِ المُلَاءَمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الجَوَازِ

قوله: لَا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فيه نفيٌ لِمَا قاله الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ تفسيره البيع بشرط العتق.

قوله: فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا، أي بالإعتاق، لأنَّ شرط الإعتاق متى كان مفسدًا كان تحقيقه تقريرًا للفساد، لا رفعًا للفساد، كسائر الشروط المفسدة، كما في البيع إلى النيروز والمهرجان.

قوله: مِنْ حَيْثُ ذَاتِهِ لَا يُلَائِمُ العَقْدَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، من أنَّ قضية العقد الإطلاق والتخيير في جميع التصرفات لا الإلزام حتمًا، ولكن يلايمه بحكمه لأنَّ العتق ينهي الملك فإنَّ الملك في بني آدم ثابتٌ إلى العتق والشيء بانتهائه يتقرَّر ومقرر الشيء مصحِّحٌ له، ولهذا لو اشترىٰ عبدًا فأعتقه فعلم بعيبٍ به رجع بنقصانه، بخلاف ما لو باعه فإذا استهلكه فقد تقرَّر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم، فإذا أعتقه تحقَّقت الملايمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجَّح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفًا بين أن يبقى فاسدًا كما كان، أو ينقلب إلى الجواز بالإعتاق.

فَكَانَ الحَالُ قَبْلَ ذٰلِكَ مَوْقُوفًا.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ لَوْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ البَائِعُ شَهْرًا أَوْ دَارًا عَلَىٰ أَنْ يَسْكُنَهَا أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُقْرِضَهُ المُشْتَرِي دِرْهَمًا أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُهْدِيَ لَهُ هَدِيَّةً) ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ؛ وَلِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الخِدْمَةُ وَالسُّكْنَىٰ يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ يَكُونُ إِجَارَةً فِي بَيْعٍ، وَلَوْ كَانَ لَا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إِعَارَةً فِي بَيْعٍ، «وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ».

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلَىٰ أَنْ لَا يُسَلِّمَهُ إِلَىٰ رَأْسِ الشَّهْرِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) ؛ لِأَنَّ الأَجَلَ فِي المَبِيعِ العَيْنِ بَاطِلٌ فَيَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الأَجَلَ شُرِعَ تَرْفِيهًا فَيَلِيقُ بِالدُّيُونِ دُونَ الأَعْيَانِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، وَالْحَمْلُ مِنْ هٰذَا

قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ فِي المَبِيعِ العَيْنِ، قيّد بالعين احترازًا عن المسلم فيه لأنَّ الأجل شرع ترفيهًا ليتمكّن المشتري من التحصيل في مدّة الأجل، أمّا العين فحاصلٌ فلا حاجة إلىٰ ذكر الأجل للترفيه، فإذا شرط فيه يكون شرطًا فاسدًا والبيع يفسد بالشرط الفاسد.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ العَقْدِ، لأنَّ عدم جواز الإفراد بالعقد يدلُّ علىٰ أنه بمنزلة طرف من أطراف الحيوان، واستثناء الأطراف

الْقَبِيلِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَطْرَافِ الحَيَوَانِ لِاتِّصَالِهِ بِهِ خِلْقَةً وَبَيْعُ الأَصْلِ يَتَنَاوَلُهُمَا فَالِاسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَىٰ خِلَافِ المُوجِبِ فَلَا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالْبَيْعُ يَبْطُلُ بِهِ وَالْكِتَابَةُ وَالْإِجَارَةُ وَالرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، غَيْرَ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الكِتَابَةِ مَا يَتَمَكَّنُ فِي صُلْبِ العَقْدِ مِنْهَا، وَالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ

لا يصحُّ لأنَّ الاستثناء تصرُّف فيما يدخل تحت اللفظ قصدًا لا تبعًا، والأطراف بمنزلة الأوصاف يكون دخولها تبعًا، فإذا لم يصح الاستثناء بقي شرطًا فاسدًا، لأنه خلاف موجب العقد.

قوله: فَالِاسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَىٰ خِلَافِ المُوجِبِ، أي موجب العقد لأنَّ العقد يتناولها، أو علىٰ خلاف موجب الاستثناء لأنَّ الاستثناء يصحُّ فيما دخل مقصودًا في صدر الكلام وهنا دخل الحمل تبعًا لا مقصودًا، والكتابة والهبة والإجارة والرهن بمنزلة البيع بأن يقول: كاتبتك إلَّا حملك، أو: وهبتك إلا حملك، أو: رهنتك إلا حملك.

قوله: غَيْرَ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الكِتَابَةِ مَا يَتَمَكَّنُ فِي صُلْبِ العَقْدِ، أي ما يقوم به العقد، كما إذا كاتب المسلم عبده علىٰ خمر أو خنزير أو قيمته، وأمَّا لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج لأنَّ هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصحَّ العقد لأنَّ الكتابة تشبه البيع من حيث إنَّ العبد مالٌ في حق المولى وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمالٍ في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين، وفي شرح الطحاوي: الاستثناء لِمَا في البطن على ثلاث مراتب: في وجه العقد فاسد، والاستثناء فاسد وهو البيع والإجارة والكتابة والرهن، وفي وجه العقد جائز، والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، لأن هذه

وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ لَا تَبْطُلُ بِاسْتِثْنَاءِ الحَمْلِ، بَلْ يَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ؛

العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل الاستثناء، لأنَّ الفساد بالشرط باعتبار إفضائه إلى الربا فيتحقَّق في المعاوضات دون التبَرعات والإسقاطات وتدخل في العقد الأم والولد جميعًا، وفي وجه الاستثناء جائزٌ والعقد جائز، وهو ما إذا أوْصىٰ بجارية لإنسان واستثنى ما في بطنها فإنه يصح، لأنَّ الوصية أخت الميراث ويجري الإرث فيما في البطن، بخلاف ما لو أوصىٰ بجارية لإنسانٍ واستثنىٰ خدمتها أو غلتها حيث يبطل الاستثناء، لأن الخدمة والغلة لا يجري فيهما الإرث، ألا ترىٰ أنَّ الموصىٰ له بالخدمة أو الغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود إلى ملك الموصي ولا يصير موروثًا عن الموصىٰ له، وكذا لو أوصىٰ برقبتها لإنسانٍ وبخدمتها لآخر ومات الموصى له بالخدمة عادت الخدمة إلى مالك الرقبة دون ورثة الموصى له بالخدمة، بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثًا عن الموصى له.

فإن قيل: لمَّا كان الأصل أنَّ ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه لزم من هذا أنَّ ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه، والخدمة في الوصية مما يصحُّ إفراده بالعقد بأن قال: أوصيتُ بخدمة هذه الجارية لفلانٍ، فإنه يصح فوجب أن يصح استثناؤه؟ قلنا: يمنع أوَّلًا لزوم ذلك العكس، ألا ترىٰ أنه ذكر في الإجارات: وما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجرةً، لم يلزم من هذا أنَّ كل ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح أجرةً، بل يصلح أجرةً وإن لم يصلح ثمنًا، كالأعيان التي لا تجب في الذمة، فإنَّها لا تصلح أثمانًا وتصلح أجرةً، ثمَّ لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه: أحدها: أنَّ الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح الاستثناء فيما دخل في المستثنىٰ منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناؤه، والثانِي: أنَّ الوصية ليست بعقد، ألا ترىٰ أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقًا، ولذلك يدخل الموصى به في ملك

لِأَنَّ هٰذِهِ العُقُودَ لَا تُبْطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ لَا تَبْطُلُ بِهِ، لٰكِنْ يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ حَتَّىٰ يَكُونَ الحَمْلُ مِيرَاثًا وَالْجَارِيَةُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ وَالْمِيرَاثَ يَجْرِي فِيمَا فِي البَطْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَثْنَىٰ خِدْمَتَهَا؛ لِأَنَّ المِيرَاثَ لَا يَجْرِي فِيهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا عَلَىٰ أَنْ يَقْطَعَهُ البَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا أَوْ قَبَاءً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ؛ وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ صَفْقَةً فِي صَفْقَةٍ عَلَىٰ مَا مَرَّ (وَمَنِ اشْتَرَىٰ نَعْلًا عَلَىٰ أَنْ يَحْذُوَهَا البَائِعُ أَوْ يُشَرِّكَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَا ذَكَرَهُ جَوَابُ القِيَاسِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ:

ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصىٰ له قبل القبول فلا يكون عقدًا، والثالث: أنَّا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة إلىٰ ورثة الموصي والإرث لا يجري في الخدمة لأنَّ الإرث يجري في الأعيان دون المنافع فلذلك قلنا بأنَّ الاستثناء لا يصحُّ.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، وهو قوله: ولأنه لو كانت الخدمة والسكنىٰ يقابلهما شيء من الثمن، إلىٰ آخره.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ نَعْلًا عَلَى أَنْ يَحْذُوَهَا، أراد بالنعل الصرم، وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه، حذا النعل بالمثال قطعها به، وحذا نعلًا عملها، وشرك النعل من التشريك، وضع عليها الشراك، وهو سيرها الذي على ظهر القدم، وهو مثلٌ في القلَّة، كذا في المغرب.

قوله: وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد

يَجُوزُ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ فَصَارَ كَصَبْغِ الثَّوْبِ، وَلِلتَّعَامُلِ جَوَّزْنَا الِاسْتِصْنَاعَ.

قَالَ: (وَالْبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ وَالْمِهْرَجَانِ وَصَوْمِ النَّصَارَىٰ وَفِطْرِ الْيَهُودِ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمُتَبَايِعَانِ ذٰلِكَ فَاسِدٌ) لِجَهَالَةِ الأَجَلِ وَهِيَ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الْبَيْعِ لِابْتِنَائِهَا عَلَى الْمُمَاكَسَةِ إِلَّا إِذَا كَانَا يَعْرِفَانِهِ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا، أَوْ كَانَ التَّأْجِيلُ إِلَىٰ فِطْرِ النَّصَارَىٰ بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ مَعْلُومَةٌ بِالْأَيَّامِ فَلَا جَهَالَةَ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ ..........................................

المتعاقدين، إلىٰ آخره، وجه الاستحسان أنَّ فيه عرفًا ظاهرًا وفي النزوع عن العادة حرج بيِّنٌ فصار كصبغ الثوب، لأنَّ القياس أن لا يجوز لأنَّ الإجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناها للتعامل، وكالاستصناع فإنَّ بيع المعدوم لا يجوز وإنَّما جوزناه للتعامل.

قوله: وَالْبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ، أي بتأجيل الثمن إلى النيروز، وَالْمِهْرَجَانِ، تعريب: مهرگان، وهو اسمٌ للخريف.

قوله: لِجَهَالَةِ الأَجَلِ، لأنَّ النيروز مختلف بين نيروز السلطان، ونيروز الدهاقين، ونيروز المجوس.

قوله: لِابْتِنَائِهَا عَلَى الْمُمَاكَسَةِ، أي لابتناء البيوع، المكس في البيع استنقاص الثمن من باب ضرب، والمماكسة والمكاس في معناه، والمكس أيضًا الخيانة وهو فعل المكَّاس العشار، ومنه: لا يدخل صاحب المكس في الجنة.

قوله: لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ مَعْلُومَةٌ بِالْأَيَّامِ، وهي خمسون يومًا، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ.

إِلَىٰ قُدُومِ الحَاجِّ) ، وَكَذٰلِكَ إِلَى الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالْقِطَافِ وَالْجِزَازِ؛ لِأَنَّـهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلَوْ كَفَلَ إِلَىٰ هٰذِهِ الأَوْقَاتِ جَازَ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالَةِ وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ - فِيهَا وَلِأَنَّـهُ مَعْلُومُ الأَصْلِ؛ أَلَا تَـرَىٰ أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الجَهَالَةَ فِي أَصْلِ الدَّيْنِ بِأَنْ تُكْفَلُ بِمَا ذَابَ عَلَىٰ فُلَانٍ فَفِي

قوله: إِلَىٰ قُدُومِ الحَاجِّ، أي إلىٰ وقت قدوم الحاج.

قوله: لِأَنَّـهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، لأنَّها من أفعال العباد، فيثبت بحسب ما يبدو لهم، والآجال شرعت بالأوقات قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩].

قوله: وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ، أي يمكن تداركها وإزالتها، لاختلاف الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم فيها، فإنَّ عائشة رضي الله تعالىٰ عنها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وكان ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه لا يجيز ذلك، واختلاف الصحابة رضي الله عنهم دليلٌ علىٰ أنَّ الجهالة يسيرة، إذ لا خلاف لأحدٍ في فساد البيع عند تفاحش الجهالة، كالبيع إلىٰ هبوب الريح ومجيء المطر.

قوله: وَلِأَنَّـهُ مَعْلُومُ الأَصْلِ، يحتمل وجهين: أحدهما: أنَّ المكفول به وهو أصل الدين معلوم، وإنَّما المجهول وصفه وهو الأجل، والوصف تابع الأصل، ثمَّ الجهالة إذا كانت في أصل الدين متحملة في الكفالة بأن تكفَّل بما ذابَ له علىٰ فلان ففي الوصف أوْلىٰ والجهالة لا تتحمل في ثمن المبيع فكذا في وصفه، إذ الوصف لا يخالف الأصل، والثانِي: وهو الأوجه أنَّ أصل هذه الأشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وإنَّما المجهول وصف التقدُّم والتأخُّر فكانت الجهالة يسيرةً، حتّىٰ لو كفل إلىٰ هبوب الريح أو مجيء

الوَصْفِ أَوْلَىٰ، بِخِلَافِ البَيْعِ فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهَا فِي أَصْلِ الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَّلَ الثَّمَنَ إِلَىٰ هٰذِهِ الأَوْقَاتِ حَيْثُ جَازَ؛ لِأَنَّ هٰذَا تَأْجِيلٌ فِي الدَّيْنِ وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ فِيهِ مُتَحَمَّلَةٌ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ، وَلَا كَذٰلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الفَاسِدِ.

(وَلَوْ بَاعَ إِلَىٰ هٰذِهِ الآجَالِ ثُمَّ تَرَاضَيَا بِإِسْقَاطِ الأَجَلِ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ النَّاسُ فِي الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَقَبْلَ قُدُومِ الحَاجِّ جَازَ البَيْعُ أَيْضًا) وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا، وَصَارَ كَإِسْقَاطِ الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَىٰ أَجَلٍ وَلَنَا أَنَّ الفَسَادَ لِلْمُنَازَعَةِ وَقَدِ

المطر لا يصحُّ لأن أصله غير معلوم في تلك السنة.

قوله: فَكَذَا فِي وَصْفِهِ، لأنَّ الوصف لا يخالف الأصل، فإن قيل: الوصفُ أدنىٰ من الأصل فلا يلزم أن يكون مثل الأصل في كونه مفسدًا؟ قلنا: معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما، ولا منازعة في الكفالة لأنه تبرع ابتداءً فتبتني على المسامحة.

قوله: وَلَوْ بَاعَ إِلَىٰ هٰذِهِ الآجَالِ، إنَّما قيَّد بقوله: إِلَىٰ هٰذِهِ الآجَالِ، احترازًا عن البيع إلىٰ هبوب الريح أو مجيء المطر ثمَّ تراضيا على إسقاط تلك الآجال، وفي المبسوط: وهذا بخلاف البيع إلى هبوب الريح وأمطار السماء لأن ذلك ليس بأجل لأنَّ الأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولأجله فسد العقد.

قوله: وَصَارَ كَإِسْقَاطِ الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ إِلَىٰ أَجَلٍ، أي علىٰ أصلكم، وأمَّا علىٰ قول زفر رحمه الله تعالى فالنكاح إلىٰ أجل جائز والشرط باطلٌ، كما مرَّ في النكاح.

ارْتَفَعَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ فِي شَرْطٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ العَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ ثُمَّ أَسْقَطَا الدِّرْهَمَ الزَّائِدَ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَبِخِلَافِ النِّكَاحِ إِلَىٰ أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ مُتْعَةٌ وَهُوَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ ثُمَّ تَرَاضَيَا خَرَجَ وِفَاقًا؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الأَجَلُ يَسْتَبِدُّ بِإِسْقَاطِهِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيْتَةٍ بَطَلَ البَيْعُ فِيهِمَا) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنْ سَمَّىٰ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا جَازَ فِي العَبْدِ وَالشَّاةِ الذَّكِيَّةِ (وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ صَحَّ البَيْعُ فِي العَبْدِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ) عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: فَسَدَ فِيهِمَا،

قوله: عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ، لأنَّ النكاح عقد مندوبٌ إليه والمتعة منهية فلا يكون عقد النكاح، والعقد لا ينقلب عقدًا آخر.

قوله: بَطَلَ البَيْعُ فِيهِمَا، سمَّىٰ لكل واحد منهما ثمنًا أو لم يسم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال: فإذا أحدهما حرٌّ فالبيع فاسد فيهما، ولا شكَّ في أنَّ البيع باطل في الحرِّ، أمَّا في القنِّ فما ذكر في أصول الفقه لشمس الأئمة رحمه الله تعالى يدلُّ علىٰ أنَّ العقد في القنِّ فاسدٌ لا باطلٌ، حيث قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ فيما إذا باع حرًّا وعبدًا وسمَّىٰ ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحًا، ولم يقل لم ينعقد العقد في العبد أصلًا.

قوله: فَسَدَ فِيهِمَا، أي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين

وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ، وَالْمُكَاتَبُ وَأُمُّ الوَلَدِ كَالْمُدَبَّرِ لَهُ الِاعْتِبَارُ بِالْفَصْلِ الأَوَّلِ، إِذْ مَحَلِّيَّةُ البَيْعِ مُنْتَفِيَةٌ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الكُلِّ، وَلَهُمَا أَنَّ الفَسَادَ بِقَدْرِ المُفْسِدِ فَلَا يَتَعَدَّىٰ إِلَى القِنِّ، كَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ الأَجْنَبِيَّةِ وَأُخْتِهِ فِي النِّكَاحِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمِّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ أَنَّ الحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالْبَيْعُ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي العَبْدِ وَهٰذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ، بِخِلَافِ

عبده وعبد غيره.

قوله: وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالْمَيْتَةِ، فإن قيل: ينبغي أن يجوز العقد فيما ضمَّ إليه لأنه مجتهدٌ فيه كالمدبر، فإنَّ الشافعي رحمه الله تعالى قائل بحله، قلنا: حرمته منصوصٌ عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النصِّ فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء، ومن جمع بين وقف وملكٍ صحَّ في الملك في الأصح.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ، بيانه أنَّ من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطًا للعقد على الآخر، ولهذا لا يملك المشتري القبول في أحدهما دون الآخر، والحرُّ والميتة لا يقبلان البيع أصلًا لأنَّهما ليسا بمالٍ فيكون جاعلًا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلًا شرطًا للعقد على العبد والذكية وهو شرطٌ فاسدٌ، والبيع يفسد بالشروط الفاسدة، بخلاف النكاح فإنه لا يبطل.

قوله: وَالْبَيْعُ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرْطًا لِلْبَيْعِ فِي العَبْدِ، فإن قيل: إذا بيَّن ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقةً فحينئذٍ لا يكون القبول في الحر شرطًا في العبد؟ قلنا: إذا لم يكرِّر الإيجاب تكون الصفقة متحدةً وإن سمَّىٰ لكل واحد من المبيع

النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَأَمَّا البَيْعُ فِي هٰؤُلَاءِ مَوْقُوفٌ وَقَدْ دَخَلُوا تَحْتَ العَقْدِ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ وَلِهٰذَا يَنْفُذُ فِي عَبْدِ الغَيْرِ بِإِجَازَتِهِ،

ثمنًا، وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطًا لصحَّة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطًا لصحة البيع في العبد، وهو شرطٌ فاسدٌ فيفسد به البيع، فإن قيل: الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربا فلا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القنِّ فلا يفسد؟ قلنا: ذلك غير مسلم في كل شرط، بل وجود شرط هو مخالفٌ لمقتضى العقد كافٍ في إفساد البيع، ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر أيضًا، وذلك لأنَّ قبول الحرِّ قبول لبدله، وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمالٍ فلا يكون بدله مقابلًا بمال فكان بدله خاليًا عن العوض فكان ربًا، وذلك لأنه إذا باعهما بألف صار كأنَّ البائع قال: بعتُ هذا العبد بخمس مائة علىٰ أن تسلم إليَّ خمس مائة أخرىٰ وهو عين الربا باعتبار أنه فضل خال عن العوض في البيع، وقالا إنَّما يشترط قبول العقد في أحدهما بقبول العقد في الآخر إذا صحَّ الإيجاب فيهما حتَّىٰ لا يكون المشتري ملحقًا للضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر، وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما، وصار هذا كما إذا اشترىٰ عبدًا أو مكاتبًا أو مدبرًا فالبيع يفسد في المدبر أو المكاتب ويبقى العقد صحيحًا في العبد، كذا ههنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: البائع لمَّا جمع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر، وقولهما أنَّ هذا عند صحة الإيجاب فيهما، قلنا: عند صحة الإيجاب فيهما يكون هذا شرطًا صحيحًا ونحن إنَّما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الإيجاب، لأنَّ هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما، وذكر الكرخي رجوع أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في فصل من هذا الجنس إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهيَ مسئلة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما بيَّنا في الصرف، فاستدلُّوا برجوعه في تلك

وَفِي الْمُكَاتَبِ بِرِضَاهُ فِي الأَصَحِّ، وَفِي الْمُدَبَّرِ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -، إِلَّا أَنَّ المَالِكَ بِاسْتِحْقَاقِهِ المَبِيعَ وَهٰؤُلَاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ رَدُّوا البَيْعَ فَكَانَ هٰذَا إِشَارَةً إِلَى البَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ القَبْضِ، وَهٰذَا لَا يَكُونُ شَرْطَ القَبُولِ فِي غَيْرِ المَبِيعِ وَلَا بَيْعًا بِالْحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ فِيهِ.

المسئلة علىٰ رجوعه في جميع هذه المسائل لأنَّ الفرق بينهما لا يتَّضح.

قوله: وَكَذَا فِي أُمِّ الوَلَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وهذا بناءٌ علىٰ أنَّ جواز بيع أم الولد مختلفٌ بين الصحابة رضي الله عنهم، جوَّز علي كرم الله تعالى وجهه بيع أم الولد والباقون رضي الله عنهم لم يجوزوا، ثمَّ أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أمِّ الولد، والإجماع المتأخر يكون رافعًا للاختلاف المقدم عند محمد رحمه الله تعالى، وعندهما لا يكون رافعًا، فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما.

قوله: إِلَّا أَنَّ المَالِكَ، هذا استثناء عن قوله: وقد دخلوا تحت العقد.

قوله: فَكَانَ هٰذَا إِشَارَةً إِلَى البَقَاءِ، أي فكان قوله: رَدُّوا البَيْعَ، إشارة إلى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا إلى الردِّ، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد، ولا بيعًا بالحصة ابتداءً لانعقاد العقد وبقائه فيهم، والله تعالىٰ أعلم.

## فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

(وَإِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ وَفِي الْعَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ قَبَضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ فَلَا يَنَالُ بِهِ نِعْمَةَ الْمِلْكِ؛ وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ لِلتَّضَادِّ، وَلِهَٰذَا لَا يُفِيدُهُ قَبْلَ

## فصل في أحكامه

قوله: وَإِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِأَمْرِ الْبَائِعِ ... كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ مَلَكَ الْمَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ، وفائدة هذه القيود ظاهرةٌ، وإنَّما وجبت القيمة في البيع الفاسد لأنَّ الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع لأنَّ العدل فيه، غير أنَّ في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فأقيم المسمَّىٰ مقامها صيانةً للبيع عن الفساد، وإذا فسد البيع بوجهٍ آخر تعذَّر العدول عن القيمة إلى المسمَّىٰ فيصار إلى الأصل.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ قَبَضَهُ؛ لِأَنَّهُ مَحْظُورٌ، لكونه منهيًّا عنه فلا ينال به نعمة الملك لاشتراط الملايمة بين المؤثر والأثر، والملك نعمة لكونه ذريعة إلىٰ قضاء المآرب ووسيلةً إلىٰ درك المطالب.

قوله: وَلِأَنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ لِلْمَشْرُوعِيَّةِ، أي علىٰ أصل الشافعي رحمه الله تعالى للتضاد لأنَّ المشروعية تقتضي كونه حسنًا وكونه منهيًّا عنه يقتضي كونه قبيحًا، وبينهما تضاد.

قوله: وَلِهَٰذَا لَا يُفِيدُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، يعني أنَّ البيع علىٰ ما شرعه الله سبحانه وتعالىٰ

الْقَبْضِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالْمَيْتَةِ أَوْ بَاعَ الْخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ. وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَىٰ مَحِلِّهِ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِانْعِقَادِهِ، وَلَا خَفَاءَ فِي الأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ، وَرُكْنُهُ: مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَفِيهِ الْكَلَامُ وَالنَّهْيُ يُقَرِّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا لِاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ فَنَفْسُ الْبَيْعِ مَشْرُوعٌ، وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ الْمِلْكِ وَإِنَّمَا الْمَحْظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ

موجبٌ للملك بنفسه لا بالقبض، فإذا اتَّصل به ما منعه من الملك تحقَّق مانعًا لقيام العلة بلا حكم، فلمَّا بقى المانع مع القبض كان المنع قائمًا، بخلاف الهبة فإنَّها لا توجب الملك إلا بالقبض لأنَّها ليست بعلة في نفسها بدون القبض، فكان عدم العمل لنقصان في العلة لا لمانعٍ، وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد، كالمقبوض علىٰ سوم الشراء فإنه مضمون بالقيمة ولا عقدَ.

قوله: وَفِيهِ الْكَلَامُ، أي الخلاف فيما إذا كان مبادلة المال بالمال، أمَّا إذا لم يكن العوضان أو أحدهما مالًا فالبيع باطلٌ إجماعًا لعدم ركنه ولا نزاع فيه.

قوله: وَالنَّهْيُ يُقَرِّرُ الْمَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا لِاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ، لأنه يقتضي تصوُّر المنهي عنه، إذ النهي عمَّا لا يتصوَّر لغوٌ [1] لأنَّ النهي يراد به عدم الفعل مضافًا إلى اختيار العبد فيعتمد تصوره، ليكون العبد مبتلًى بين أن يكفَّ عنه باختياره فيُثاب عليه، وبين أن يفعله باختياره فيعاقب عليه، وتصوُّر المشروع بشرعيته فكان النهي لمعنًى في غير المنهي عنه، فيصير مشروعًا بأصله غير مشروع بوصفه فيصير فاسدًا، فثبتَ أنَّ نعمة الملك ما نيطت بالمحظور بل بالمشروع.

قوله: وَإِنَّمَا الْمَحْظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ، فإن قيل: هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفًا

(١) هكذا في (ب) والمطبوعة الهندية، ووقع ههنا التقديم والتأخير في نصِّ المطبوعة المصرية.

كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ، وَإِنَّمَا لَا يَثْبُتُ المِلْكَ قَبْلَ القَبْضِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَقْرِيرِ الفَسَادِ المُجَاوِرِ إِذْ هُوَ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالِاسْتِرْدَادِ

لا من قبيل ما يجاوره المعنى جمعًا، كما عُرف في أصول الفقه؟ قلنا: أراد بالمجاور أنَّ الفساد ليس لمعنًى في عين المنهي عنه بل لمعنًى في غير المنهي عنه وهو الشرط الزائد مثلًا.

قوله: كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ، فإنَّ النهي ثمَّة ورد لمعنًى في غير المنهي عنه وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع، فإن قيل: ذلك البيع مكروهٌ وهذا فاسد فما وجه الإلحاق؟ قلنا: هما يتحدان في أنَّ النهي فيهما غير راجع إلىٰ غير المنهي عنه، ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفًا لحكم المجاور فيصحُّ قياس أحدهما على الآخر لاشتراكهما في أمر هو مقصود المصنف، وأيضًا أنَّ غرض المصنف رحمه الله تعالىٰ بيان أنَّ حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند الخصم، ثمَّ الكراهة مع الفساد يتشاركان من حيث إن حكم كل واحد منهما ليس بباطل، ويفترقان من حيث إن ذلك الغير هنا متصل به وصفًا،، فأثر في الفساد وثمَّة مجاور فأثر في الكراهة إظهارًا للقصور.

قوله: كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ تَقْرِيرِ الفَسَادِ المُجَاوِرِ، وذلك لأنا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكنا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد لأنه لا موجب للملك هناك سِواه، والبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد حينئذٍ مضافًا إلى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ، ولا يجوز ذلك، أمَّا لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتًا للملك لوجوب الضمان على القابض، كما في القبض على سوم الشراء، فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العباد، وذلك ليس ببعيد، ولأنه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت بلا عوضٍ، إذ المسمى لا يجب للفساد، وضمان القيمة لا يجب إلا بالقبض، ولأنَّ القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض دفعًا للفساد المتصل به، فلأَن لا يجب الملك قبل القبض حتى

فَبِالِامْتِنَاعِ عَنِ الْمُطَالَبَةِ أَوْلَىٰ؛ وَلِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْقَبِيحِ فَيُشْتَرَطُ اعْتِضَادُهُ بِالْقَبْضِ فِي إِفَادَةِ الْحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ الْهِبَةِ، وَالْمَيْتَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلَوْ كَانَ الْخَمْرُ مُثَمَّنًا فَقَدْ خَرَّجْنَاهُ وَشَيْءٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ الْوَاجِبَ هُوَ الْقِيمَةُ وَهِيَ تَصْلُحُ ثَمَنًا لَا مُثَمَّنًا، ثُمَّ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ

يثبت الامتناع عن المطالبة أوْلىٰ، لأن هذا أسْهَل وأبعد عن العبث، إذ لو قلنا يسلم ثمَّ يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبثٍ.

قوله: وَلِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ ضَعُفَ لِمَكَانِ اقْتِرَانِهِ بِالْقَبِيحِ، يعني أنَّ سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به، والشيء إذا كان ضعيفًا واهيًا لا يتَرتَّب عليه حكمه وموجبه إلا بانضمام ما يؤكده كما في الهبة، فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه، لا لمانعٍ آخر.

قوله: فَقَدْ خَرَّجْنَاهُ، وهو ما ذكر في أوَّل الباب أنَّ المبيع هو المقصود في البيع، وفي جعل الخمر مبيعًا مقصودًا إعزازٌ له، والشرع أمر بإهانته وترك إعزازه، فكان بيع الخمر باطلًا.

قوله: وَشَيْءٌ آخَرُ، يعني دليلٌ آخر علىٰ بطلان بيع الخمر، وهو أنَّ الواجب في بيع الخمر هو القيمة، وهذا لأنَّ الخمر إذا جعل مبيعًا فلو انعقد هذا البيع إنَّما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم عن تمليك الخمر وتملكه، كالنصرانِيِّ إذا تزوَّج نصرانيةً علىٰ خمر ثمَّ أسلم تجب القيمة، والقيمة الواجبة في الذمة لا تصلح مبيعًا لأنَّ القيمة هيَ الدراهم والدنانير، إذ بِهما تقوم السلع وهما ثمنان فلا يصيران مثمنين.

قوله: ثُمَّ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ، أراد به قوله: بأمر البائع، فعُلِم بهذا أنَّ

وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِهِ دَلَالَةً كَمَا إِذَا قَبَضَهُ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ اسْتِحْسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى القَبْضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا القَبْضُ فِي الهِبَةِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي العَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ فَيَخْرُجُ عَلَيْهِ البَيْعُ بِالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْحُرِّ وَالرِّيحِ وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ، وَقَوْلُهُ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ القِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ

المراد من الأمر الإذن.

قوله: وَهُوَ الظَّاهِرُ - أي شرط الإذن للقبض ظاهر الرواية - إِلَّا أَنَّهُ يُكْتَفَىٰ بِهِ - أي بالإذن - دَلَالَةً.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتِراز عمَّا ذكره صاحب الإيضاح وسمَّاها الرواية المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض، وهذه هي الرواية المشهورة ثم قال: وذكر في الزيادات: أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه فإنه يثبت الملك ولم يحك خلافًا، لأنَّ العقد تسليط على القبض، فإذا قبضه بمحضر منه ولم يمنع يثبت الملك، ووجه المشهور من الرواية أنَّ العقد إذا وقع فاسدًا لم يتضمن تسليطًا على القبض، لأنَّ التسليط لو ثبت إنَّما يثبت بمقتضاه شرعًا، والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض، وهذا بخلاف ما إذا وهب فإنه يكون تسليطًا على القبض استحسانًا ما دام في المجلس، لأنَّ التصرف وقع صحيحًا فجاز أن يكون تسليطًا بمقتضاه.

قوله: وَالْبَيْعِ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ، أي في روايةٍ، لأنه إذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن

فَيَلْزَمُهُ المِثْلُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالْقَبْضِ فَشَابَهَ الغَصْبَ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ المِثْلَ صُورَةً وَمَعْنًىٰ أَعْدَلُ مِنَ المِثْلِ مَعْنًى.

قَالَ: (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ) رَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَهٰذَا قَبْلَ القَبْضِ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفِدْ حُكْمَهُ فَيَكُونُ الفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْهُ، وَكَذَا بَعْدَ القَبْضِ إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الفَسَادُ بِشَرْطٍ زَائِدٍ فَلِمَنْ لَهُ الشَّرْطُ ذٰلِكَ دُونَ مَنْ عَلَيْهِ لِقُوَّةِ العَقْدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقِ المُرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ.

العقد فلم يكن بيعًا، وفي رواية: ينعقد، لأنَّ نفيه لم يصح لأنه نفي بحكم العقد، وإذا لم يصح نفيه صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض، لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة، فإذا سكت كان غرضه قيمته فكأنه باع بقيمته.

قوله: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ، يريدُ به أنَّ لكل واحد منهما ولاية الفسخ، لا أن يريد أنَّ الفسخ حقٌّ لكلِّ واحد منهما، لأنَّ الفسخ مستحقٌّ حقًّا لله تعالىٰ لأنَّ إعدام الفساد واجبٌ وقبل القبض لم يفسد حكمه فيكون الفسخ امتناعًا عنه، ولكنه يوقف على حضرة الآخر لأنه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلَّا بعلمه.

قوله: وَكَذَا بَعْدَ القَبْضِ إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ، صلبُ الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وقيام العقد بالعوضين فكلُّ فساد تمكن في أحد العوضين يكون فسادًا في صلب العقد، كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمرٍ أو خنزير، لقوَّة الفساد فيجب إعدامه حقًّا للشرع، فإن كان الفساد بشرط زائد بأن باع إلىٰ أجل مجهولٍ فلِمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوَّة العقد، وفي الإيضاح: هذا قول محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ منفعة الشرط إذا

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي نَفَذَ بَيْعُهُ) ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْدِ بِالثَّانِي وَنُقِضَ الأَوَّلُ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ وَلِأَنَّ الأَوَّلَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ، وَالثَّانِيَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ فَلَا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصْفِ؛ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ، بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ؛

كانت عائدةً إليه كان الفسخ منه صحيحًا، فأمَّا إذا فسخ الآخر فقد أبْطَل حقه لأنه كان قادرًا علىٰ تصحيح العقد بحذف الشرط، وهما يقولان بأنَّ الفسخ مستحقٌّ شرعًا فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وإن كان قادرًا على التصحيح بالحذف لكن الكلام قبل الحذف.

قوله: وَسَقَطَ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْدِ بِالثَّانِي، فإن قيل: كان ينبغي أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراءً فاسدًا لتعلُّق حق الوارث ولم ينقطع، كما لا يبقىٰ له حق الاسترداد من الموصىٰ له؟ قلنا: إنَّما كان كذلك لأنَّ ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث كذلك، حتَّىٰ لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، وأمَّا الموصىٰ له فهو بمنزلة المشتري الثاني لأنَّ له ملكًا متجددًا لثبوته بسبب اختياري منشأ، ولهذا لا يرد بالعيب.

قوله: وَحَقُّ العَبْدِ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا ما إذا كان حلالًا وفي يده صيدٌ ثمَّ أحرم يجب عليه إرساله وفيه تقديمٌ لحقِّ الله تعالى على حقِّ العبد؟ قلنا: الواجب الجمع بين الحقين، وإنَّما يصار إلى التَّرجيح إذا لم يمكن، وههنا أمكن بأن يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه.

قوله: بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الدَّارِ الْمَشْفُوعَةِ، وجه الورود أنه لمَّا قال سقط

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ العَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي المَشْرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنَ الشَّفِيعِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيْهِ القِيمَةُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ فَتَنْفُذُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَبِالْإِعْتَاقِ قَدْ هَلَكَ فَتَلْزَمُهُ القِيمَةُ، وَبِالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ انْقَطَعَ الِاسْتِرْدَادُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالْكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ نَظِيرُ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُمَا لَازِمَانِ.

حق الاسترداد لتعلق حق العبد وَرَد عليه أنَّ تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرهما صحيحة، كتصرف المشتري شراءً فاسدًا، ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات، فأجابَ أنَّ كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروعٌ غير موصوف بالفساد، فلمَّا استويا في هذين الوصفين يرجح حق الشفيع لمعنيين: أحدهما: أنَّ حق الشفيع مقدَّم بالتَّرجيح الأسبق، والثانِي: أنَّ هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بأنَّ في نقضها سعيًا في نقض ما تمَّ من جهته، بخلاف المبيع بيعًا فاسدًا فإنَّ تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه، إذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تمَّ من جهته، وفي الذخيرة: لأنَّ التسليط إنَّما يثبت بالإذن نصًّا أو بإثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع، فإن قيل: في نقض البيع الأول أيضًا سعيٌ في نقض ما تمَّ من جهته؟ قلنا: ذاك باعتبار رفع الفساد لا باعتبار نقض ما تمَّ من جهته، فلمَّا باع المشتري شراءً فاسدًا جعل ذلك العين غير ذلك العين لأنَّ تبدُّل الأسباب ينزل منزلة تبدل الأعيان فلم يبقَ له حق الاسترداد بعد ذلك، إذ لو بقي له حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ما تمَّ من جهته خالصًا، لِمَا أنَّ البيع الثانِي صحيحٌ ولا فساد فيه حتى يحال تمكُّن الاسترداد منه إلىٰ

إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهْنِ لِزَوَالِ الْمَانِعِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ، وَرَفْعُ الْفَسَادِ عُذْرٌ؛ وَلِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتِنَاعًا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّىٰ يَرُدَّ الثَّمَنَ) ؛

رفع الفساد، بخلاف البيع الأول.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهْنِ لِزَوَالِ الْمَانِعِ، وهذا إنَّما يكون أن لو كان عجز المكاتب وفكُّ الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة، وكذا لو رجع في الهبَّة بقضاء القاضي، أو بدونه، أو ردَّ عليه بالعيب في البيع قبل أن يقضي القاضي عليه بالقيمة يعود حقُّ الاسترداد للبائع، وإن كان بعد قضاء القاضي فقد يحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين بعد ذلك، كما لو أبق المغصوب فقضى القاضي بالقيمة ثمَّ عاد، كذا في المبسوط.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهَا تُفْسَخُ بِالْأَعْذَارِ، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى من يفسخ الإجارة، وذكر في النوادر: أنَّ القاضي هو الذي يفسخ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضًا، فتعلَّق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح علىٰ حاله قائمٌ، كذا في الذخيرة والإيضاح.

قوله: وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَبِيعَ حَتَّىٰ يَرُدَّ الثَّمَنَ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: إذا اشترىٰ عبدًا بيعًا فاسدًا، أو استأجره إجارةً فاسدةً ونقد الثمن والأجرة، أو ارتهن رهنًا فاسدًا، أو أقرضه قرضًا فاسدًا، أو أخذ به رهنًا، فله أن يحبس ما اشترىٰ وما استأجره وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارًا بالعقد الجائز إذا تفاسخا، لأنَّ

لِأَنَّ المَبِيعُ مُقَابَلٌ بِهِ فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ كَالرَّهْنِ (وَإِنْ مَاتَ البَائِعُ فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلَىٰ وَرَثَتِهِ وَغُرَمَائِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛

هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدلين، فإن مات البائع أو المؤاجر أو الراهن أو المستقرض فالذي في يده العبد والرهن أحقُّ بثمنه من غرماء الميت، بخلاف ما إذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين أو الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختصُّ المحتال له بدين الحوالة والوديعة، فإن قيل: دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولًا بحقِّ المحتال له فيجب أن يكون المحتال له أخصَّ به كما في الرهن، قلنا: مجرَّد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص، كالمأذون إذا لحقه دينٌ يتعلَّق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثمَّ لو لحقه دينٌ آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص.

قوله: فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِهِ - أي بالثمن - كَالرَّهْنِ، يصير محبوسًا بالدين إلا أنَّ الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب.

قوله: وَهُوَ الأَصَحُّ، احتِراز عن رواية أبي حفص رحمه الله تعالىٰ، قال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالى: ذكر بكر رحمه الله تعالىٰ: فإن كان المنقود قائمًا هل يتعيَّن على رواية أبي حفص رحمه الله تعالىٰ؟ لا، وعلى رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى يتعيَّن، وعلىٰ هذا يجب أن يكون المقبوض بغرض فاسد، وكذا لو باع دراهم بدراهم إلىٰ أجل فهو فاسد، وهل يتعيَّن المقبوض للردِّ؟ فهو على الروايتين، وذكر البردعي رحمه الله تعالى في الجامع: الدراهم في البيع الفاسد إنَّما تتعين إذا كان البيع الفاسد صريحًا، وإن لم يكن صريحًا لا تتعيَّن.

لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا بَيْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَرَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ثُمَّ شَكَّ بَعْدَ ذٰلِكَ فِي الرِّوَايَةِ (وَقَالَا: يُنْقَضُ البِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَالْغَرْسُ عَلَىٰ هٰذَا الِاخْتِلَافِ، لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَضْعَفُ مِنْ حَقِّ البَائِعِ حَتَّىٰ يَحْتَاجُ فِيهِ

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، أي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ أنه بمنزلة المغصوب، والحكم في المغصوب كذلك.

قوله: حَقَّ الشَّفِيعِ أَضْعَفُ، فلهذا يحتاج إلى الرضا أو القضاء ولا يورث، بخلاف حق البائع، ولهذا يثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة، وكذا حقُّ البائع انضم إليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الأخذ بالشفعة، ثمَّ ينقض بناء المشتري لحقِّ الشفيع فلحقِّ البائع أَوْلىٰ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ البناء والغرس ممَّا يقصد به الدوام، إذ البناءُ ليس للنقض والغرس ليس للقطع، والمشتري يتضرَّر بنقض البناء والغرس ضررًا بلا جائزٍ، والبائع يتضرَّر مع جائزٍ مع أنه حصلَ بتسليطه فكان رعاية حق المشتري أَوْلىٰ فينقطع للبائع حق الاسترداد، كما لو باعه المشتري بيعًا صحيحًا، بخلاف الشفيع لأنه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع، فإن قيل: إذا نقض البناء أو الغرس على تقدير الأخذ بالشفعة يجب أن يعود حق البائع في الاسترداد لزوال المانع، كما إذا باعه المشتري بيعًا صحيحًا ثمَّ انتقض البيع بما هو نقض من كل وجهٍ؟ قلنا: المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانعُ عود حقه كملك المشتري الثانِي، ألا ترىٰ أنَّ المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثانِي ولا يعود حقُّ البائع في الاسترداد لأنَّ نقض البناء إنَّما وجب ضرورةَ بقاء

إِلَى القَضَاءِ وَيَبْطُلُ بِالتَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ حَقِّ البَائِعِ، ثُمَّ أَضْعَفُ الحَقَّيْنِ لَا يَبْطُلُ بِالْبِنَاءِ فَأَقْوَاهُمَا أَوْلَىٰ، وَلَهُ أَنَّ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ وَقَدْ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ كَالْبَيْعِ، بِخِلَافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ التَّسْلِيطُ، وَلِهَٰذَا لَا يَبْطُلُ بِهِبَةِ المُشْتَرِي وَبَيْعِهِ فَكَذَا بِبِنَائِهِ، وَشَكَّ يَعْقُوبُ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ فَإِنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ بِالْبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الِاخْتِلَافِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ وَيَطِيبُ لِلْبَائِعِ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ) ..........................

حق الشفيع، فلو عاد حقُّ البائع به لصار عائدًا علىٰ موضوعه بالنقض لأنه صار نقض البناء للشفيع ليكون له لا لأن لا يكون له، ولأنَّ النقض مقتضىٰ صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى مناقضًا للمقتضي وهو التسليم إلى الشفيع.

قوله: وَشَكَّ يَعْقُوبُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ، يعني شكَّ أنه هل سمع من أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد أم لا؟ ولم يشك في الاختلاف، وقد نصَّ محمد رحمه الله تعالى على الاختلاف في ثبوت الشفعة، وثبوت حق الشفعة مبنيٌّ على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نصًّا على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء، لأنَّ التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصًا على الاختلاف في أصل ذلك الفرع.

وَالْفَرْقُ أَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِهَا فَيَتَمَكَّنُ الخُبْثُ فِي الرِّبْحِ، وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لَا يَتَعَيَّنَانِ عَلَى العُقُودِ فَلَمْ يَتَعَلَّقَ العَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يَتَمَكَّنَ الخُبْثُ فَلَا يَجِبُ التَّصَدُّقُ، وَهٰذَا فِي الخُبْثِ الَّذِي سَبَبُهُ فَسَادُ المِلْكِ، أَمَّا الخُبْثُ لِعَدَمِ المِلْكِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَشْمَلُ النَّوْعَيْنِ لِتَعَلُّقِ العَقْدِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً، وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ سَلَامَةُ المَبِيعِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِنْدَ فَسَادِ المِلْكِ تَنْقَلِبُ الحَقِيقَةُ شُبْهَةً وَالشُّبْهَةُ تَنْزِلُ إِلَىٰ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِذَا ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مَالًا فَقَضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ

قوله: وَالْفَرْقُ أَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ، والأصل أنَّ الخبث نوعان: خبثٌ لعدم الملك ظاهرًا، وخبثٌ لفساد في الملك، والمال نوعان: ما يتعيَّن كالعروض، وما لا يتعيَّن كالنقود، فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين: كالمودع والغاصب إذا تصرَّف في العروض والنقد وأدَّىٰ ضمانَهما للمالك وبقي الربح، يتصدَّق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لتعلق العقد بمال غيره ظاهرًا فيما يتعيَّن، فيتمكن حقيقة الخبث، وفيما لا يتعيَّن يتمكن شبهة الخبث لتعلُّق العقد به من حيث سلامة المبيع به، أو تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلةً إلى الربح من وجهٍ فيتمكَّن فيه شبهة الخبث، وأمَّا الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعيَّن لا فيما لا يتعيَّن، لأنَّ فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعيَّن ثَمَّ شبهةً هنا فتعتبر، وشبهته فيما لا يتعين ثَمَّ ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر، وكذلك إذا ادَّعىٰ على آخر مالًا أي دراهم أو دنانير.

يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَقَدْ رَبِحَ الْمُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لَهُ الرِّبْحُ) ؛ لِأَنَّ الْخُبْثَ لِفَسَادِ الْمِلْكِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِالتَّسْمِيَةِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ الْمُسْتَحِقِّ مَمْلُوكٌ فَلَا يَعْمَلُ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ.

## فَصْلٌ فِيمَا يُكْرَهُ

قَالَ: (وَنَهَىٰ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ النَّجْشِ) وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلَا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرَغِّبَ غَيْرَهُ وَقَالَ «لَا تَنَاجَشُوا» .

قوله: لِأَنَّ الدَّيْنَ وَجَبَ بِالتَّسْمِيَةِ، أي بتصادقهما، لأنَّ المرء مؤاخذ بإقراره في الحكم، فإذا تصادقا أنَّ الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه، لأنَّ بدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا، كما لو باع أمةً بألفٍ وتقابضا فاستحقت الأمة كان الثمن مملوكًا للبائع ملكًا فاسدًا لوجوب ردِّه عليه، ولكن لا يبطل فيتمكَّن فيه شبهة عدم الملك، ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة يتمكَّن في الربح شبهة الخبث، فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبَر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

## فصل فيما يكره

قوله: وَنَهَىٰ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ النَّجْشِ، وهو بفتحتين، وروي بالسكون، أي تستلم السلعة بأزْيَد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها، وكذا في النكاح وغيره، ومنه الحديث «نَهىٰ عن النجش» ولا تناجشوا، أي لا تفعلوا ذلك،

قَالَ: (وَعَنِ السَّوْمِ عَلَىٰ سَوْمِ غَيْرِهِ) قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «لَا يَسْتَمِ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبْ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ» ؛ وَلِأَنَّ فِي ذٰلِكَ إِيحَاشًا وَإِضْرَارًا، وَهٰذَا إِذَا تَرَاضَى الْمُتَعَاقِدَانِ عَلَىٰ مَبْلَغٍ ثَمَنًا فِي الْمُسَاوَمَةِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَرْكَنْ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ فَهُوَ بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ وَلَا بَأْسَ بِهِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ مَحْمَلُ النَّهْيِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا.

قَالَ: (وَعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ) وَهٰذَا إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهْلِ البَلَدِ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأْسَ بِهِ، إِلَّا إِذَا لَبَّسَ السِّعْرَ عَلَى الوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الغُرُورِ وَالضَّرَرِ.

قَالَ: (وَعَنْ بَيْعِ الحَاضِرِ لِلْبَادِي) فَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَبِعِ الحَاضِرُ لِلْبَادِي» وَهٰذَا إِذَا كَانَ أَهْلُ البَلَدِ فِي قَحْطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَهْلِ البَدْوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الغَالِي لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِهِمْ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذٰلِكَ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ.

قَالَ: (وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الجُمُعَةِ) قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَذَرُوا البَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]

كذا في المغرب، قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تستام» فهي بصيغة النفي وهو أبْلَغ.

قوله: وَعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ، جَلَبَ الشيء: جاء به من بلدٍ إلىٰ بلدٍ للتجارة جلبًا، والجلب المجلوب، ومنه: «نَهىٰ عن تلقي الجلب»، كذا في المغرب.

قوله: وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مِنْ أَهْلِ البَدْوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الغَالِي، وقيل: هو أن يتولّى

ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَاجِبِ السَّعْيِ عَلَىٰ بَعْضِ الوُجُوهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَذَانَ المُعْتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

قَالَ: (وَكُلُّ ذٰلِكَ يُكْرَهُ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَا يَفْسُدُ بِهِ البَيْعُ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِي مَعْنًى خَارِجٍ زَائِدٍ لَا فِي صُلْبِ العَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصِّحَّةِ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ) وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ» ؛ وَلِأَنَّهُ بَيْعُ الفُقَرَاءِ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَىٰ نَوْعٍ مِنْهُ.

قَالَ: (وَمَنْ مَلَكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الآخَرِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا، وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ»، «وَوَهَبَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِعَلِيٍّ -

المصري عمن جاء من خارج المصر ليغالي في القيمة.

قوله: ثُمَّ فِيهِ إِخْلَالٌ بِوَاجِبِ السَّعْيِ عَلَىٰ بَعْضِ الوُجُوهِ، يعني إذا قعدا أو وقفا قائمين لأجل البيع، وأمّا إذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس بذلك.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَذَانَ المُعْتَبَرَ فِيهِ، وهو قوله: والمعتبر هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال.

قوله: وَلَا يَفْسُدُ بِهِ البَيْعُ، حتّىٰ يجب الثمن، ويثبت الملك قبل القبض.

قوله: وَتَفْسِيرُهُ مَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع

رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ - غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَالَ لَهُ: مَا فَعَلَ الغُلَامَانِ؟ فَقَالَ: بِعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: أَدْرِكْ أَدْرِكْ، وَيُرْوَىٰ: أَرْدِدْ أَرْدِدْ» ؛ وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ وَبِالْكَبِيرِ، وَالْكَبِيرَ يَتَعَاهَدُهُ، فَكَانَ فِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الِاسْتِئْنَاسِ، وَالْمَنْعُ مِنَ التَّعَاهُدِ وَفِيهِ تَرْكُ المَرْحَمَةِ عَلَى الصِّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْهِ ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ المُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ حَتَّىٰ لَا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الزَّوْجَانِ حَتَّىٰ جَازَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَوْرِدِهِ، وَلَا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ

من يزيد.

قوله: مَا فَعَلَ الغُلَامَانِ؟، أي ما حالهما، وقوله: وَيُرْوَىٰ: أَرْدِدْ أَرْدِدْ، أي استرد.

قوله: ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ المُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ حَتَّى لَا يَدْخُلَ فِيهِ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ، كامرأة الأب، وَلَا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، كابن العم، فإن قيل: أليس أنَّ الحربي إذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بأمانٍ، فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه وإن كان فيه تفريقٌ؟ قلنا: لأنه لو لم يشتر منه لعادَ به إلىٰ دار الحرب، وشراؤه منه أنظر من مراعاة التفريق.

قوله: وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الزَّوْجَانِ حَتَّىٰ جَازَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَوْرِدِهِ، أي النصِّ وهو القريب المحرَّم، فإن قيل: قوله: لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلَافِ القِيَاسِ، مخالفٌ لِمَا ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله: ولأنَّ الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده إلىٰ آخره، قلنا: النصُّ لا بدَّ أن يكون

لِمَا ذَكَرْنَا، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَيْنِ لَهُ وَالْآخَرُ لِغَيْرِهِ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقٍّ مُسْتَحِقٍّ لَا بَأْسَ بِهِ كَدَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالْجِنَايَةِ وَبَيْعِهِ بِالدَّيْنِ وَرَدِّهِ بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمَنْظُورَ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لَا الْإِضْرَارُ بِهِ.

معقولًا لأنَّ الشارع لا يتناقض حججه، كما قلنا أنَّ في حديث القهقهة معنًى معقولًا وهو أنَّ القهقهة جناية في مقام المناجاة مع الرب فأوْجبت نقض الطهارة جزاءً لجنايته لمنع مقصوده من المضي في الصلاة بتلك الطهارة، وكذلك نقول في السَّلم أنَّها شُرِعت لدفع الحاجة، وكذلك في بقاء الصوم مع الأكل ناسيًا أنَّ فساد الصوم يتعلَّق بتَرك الإتمام مختارٌ والنَّاسي ليس بمختارٍ في التَّرك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحقُّ، ومع ذلك نقول: هذه النصوص وَرَدَت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعُلِمَ بهذا أنَّ مطلق وجود المعنى لا يدلُّ علىٰ أن يكون النصُّ معقول المعنى بل يكون مخالفًا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر، وههنا كذلك لأنَّ الصغيرين ملكه والملكُ عبارة عن المطلق الحاجز والقياسُ الظاهر يقتضي أن يجوز تصرُّفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الأملاك سوى العبيد والإماء وفيهما في الكبيرين، فلهذا سُمِّي بخلاف القياس وإن كان فيه معنًى معقولٌ من وجهٍ آخر، كما في النظائر.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أي من أنَّ النص وَرَدَ بخلاف القياس فيقتصر علىٰ مورده.

قوله: وَبَيْعِهِ بِالدَّيْنِ، بأن استهلك أحدهما مال إنسان، وكذا إذا كان مأذونًا فلحقه دين يُباع في الدين وإن حصل التفريق.

قوله: وَرَدِّهِ بِالْعَيْبِ، بأن اشتَراهما فوجد بأحدهما عيبًا، وكذا إذا لم يكن أحدهما محل البيع بأن كان مدبرًا أو مكاتبًا.

قَالَ: (فَإِنْ فَرَّقَ كُرِهَ لَهُ ذٰلِكَ وَجَازَ العَقْدُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الوِلَادِ وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِمَا رَوَيْنَا، فَإِنَّ الأَمْرَ بِالْإِدْرَاكِ وَالرَّدِّ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ. وَلَهُمَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَإِنَّمَا الكَرَاهَةُ لِمَعْنًىٰ مُجَاوِرٍ فَشَابَهَ كَرَاهَةَ الِاسْتِيَامِ (وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَىٰ مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمَتَيْنِ أُخْتَيْنِ».

قوله: لِمَعْنًى مُجَاوِرٍ، وهو الوحشة، وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متىٰ كان لمعنًى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد، كالنهي عن البيع وقت النداء، كذا في المبسوط.

قوله: كَرَاهَةَ الِاسْتِيَامِ، أي السَّوم علىٰ سوم غيره، وقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه: «أدرك» محمول على طلب الإقالة، أو بيع الآخر ممَّن باع أحدهما منه.

قوله: لَيْسَ فِي مَعْنَىٰ مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، لأنَّ كل واحد منهما يقوم بحوائجه، ورُبَّما لا يستأنس أحدهما بالآخر، بل يتأذَّىٰ أحدهما من الآخر بإحسان السيد إلىٰ أحدهما، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

# بَابُ الإِقَالَةِ

## باب الإقالة

قيل: الإقالة مشتقةٌ من القول، والهمزة للسلب كأشكىٰ أي أزال القول السابق، وهذا سهوٌ بوجوهٍ: أحدها: أنَّهم قالوا: قِلت البيع بالكسر وأقلته، فدلَّ علىٰ أنَّ العين ياءٌ، والثانِي: أنَّ في الصحاح أوْرَدَ إقالة البيع في ذكر القاف مع الياء، لا في ذكر القاف مع الواو، فقال: وأقلته البيع إقالةً، وهو فسخه، ورُبَّما قالوا: قلته البيع، والثالث: ما ذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء: وقاله البيع قيلًا وإقالةً فسخه، ووجه التمسُّك بِهذا الحديث في إثبات جواز الإقالة ظاهرٌ، لأنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام ندب إلى الإقالة بما يوجب التحريص من الثواب، والأصل أنَّ الإقالة فسخٌ في حقِّ المتعاقدين، وفائدة كونِها فسخًا في حقهما تظهر في مواضع: أحدها: أن يجب على البائع ردُّ الثمن وما نطقا بخلافه باطلٌ، والثانِي: أنَّ الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ولو كانت بيعًا في حقِّهما أيضًا لبطلت بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع، ويبطل بِها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى في الموضع الذي يجعلها بيعًا، والثالث: بعد ما تقايلا قبل أن يستَرد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع، لأنه فسخ في حقهما، ولو كان بيعًا لَمَا جاز بيعه منه قبل القبض، ولو باعه من غير المشتَري لا يجوز البيع لأنَّ في حقِّ غيره بيعًا جديدًا، وفائدة كونِها بيعًا جديدًا في حقِّ غيرهما تظهر في مواضع أيضًا: أحدها: أنَّ المبيع لو كان عقارًا ممَّا يجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في أصل البيع ثمَّ تقايلا البيع وعاد المبيع إلىٰ ملك البائع فطلب الشفيع الشفعةَ في الإقالة كان له ذلك لأنَّها بمنزلة البيع في حقِّ ثالثٍ، والثانِي: أنَّ البيع لو كان صرفًا فالتقابض في كلا الجانبين شرطٌ لصحة الإقالة فجعل في حقِّ الشرع كبيعٍ جديدٍ، والثالث: أنه لو اشترىٰ شيئًا وقبضه قبل نقد

(الْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي الْبَيْعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» وَلِأَنَّ الْعَقْدَ حَقُّهُمَا فَيَمْلِكَانِ رَفْعَهُ دَفْعًا لِحَاجَتِهِمَا (فَإِنْ شَرَطَا أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَيَرُدُّ مِثْلَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ الإِقَالَةَ فَسْخٌ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَتَبْطُلُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَ أَبِي

الثمن ثمَّ باعه من آخر ثمَّ تقايلا وعاد إلى المشتري ثمَّ البائع اشتراه من المشتري بأقلَّ من الثمن قبل النقد جاز، فصار في حقِّ البائع كأنه ملك بسببٍ جديدٍ، والرابع: أنَّ السلعة لو كانت هبةً في يد البائع ثمَّ تقايلا فليسَ للواهب أن يرجع فصار كأنَّ البائع اشتَراها في حقِّ الواهب، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَتَبْطُلُ، بأن ولدت المبيعة ولدًا بعد القبض لأنَّ الزيادة المنفصلة مانعةٌ فسخ العقد حقًّا للشرع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يصحِّحُ الإقالة إلا بطريق الفسخ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ هو بيعٌ، إلا أن لا يمكن جعله بيعًا فيجعل فسخًا، كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض، أو تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما، إلا أن لا يمكن جعله فسخًا أيضًا فحينئذٍ تبطل الإقالة في نفسها، كما في بيع العرض بالدَّراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض علىٰ خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة لأنه تعذَّر اعتبارها بيعًا، لأنَّ بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذُّر اعتبارها فسخًا أيضًا لأنَّ الفسخ إنَّما يكون بالثمن الأوَّل وقد سميا ثمنًا آخر، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ هو فسخٌ كما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ، حتَّىٰ لو تقايلا بمثل الثمن الأول أو بالأقلِّ يكون فسخًا، إلا إذا تعذَّر جعله فسخًا بأن تقايلا بعد

يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ بَيْعٌ إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ جَعْلُهُ بَيْعًا فَيُجْعَلُ فَسْخًا إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فَتَبْطُلُ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ فَسْخٌ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ جَعْلُهُ فَسْخًا فَيُجْعَلُ بَيْعًا إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ فَتَبْطُلُ. لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَسْخِ وَالرَّفْعِ. وَمِنْهُ يُقَالُ: أَقِلْنِي عَثَرَاتِي فَتُوَفَّرُ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلَىٰ مُحْتَمَلِهِ وَهُوَ الْبَيْعُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ

القبض بالثمن الأوَّل بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بأكثر من الثمن الأوَّل، أو بخلاف جنس الثمن الأول فهو بيعٌ، كما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ، إلا أن لا يمكن جعله بيعًا ولا فسخًا فيبطل، كما في بيع العرض بالدَّراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما إذا تقايلا في المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأوَّل، وفي الذخيرة: ثمَّ هذا الخلاف الذي ذكرنا في الإقالة إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، فأمَّا إذا حصل بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الردِّ فإنَّها لا تجعل بيعًا وإن أمكن جعلها بيعًا.

قوله: فَتُوَفَّرُ عَلَيْهِ قَضِيَّتُهُ، أي يوفَّر على اللفظ ما اقتضاه موضوعه اللغوي، وقضيَّة لفظ الإقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخًا، ولأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه مبادلة المال بالمال بالتَّراضي، وهذا هو حد البيع فيجعل بيعًا، فإن قيل: ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بِهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الإقالة أصلًا، ولو كان الإقالة محتملًا لمعنى البيع لانعقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا، قلنا رُوِيَ عن بعض المشايخ أنه ينعقد فيمنع، ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو أنَّ قوله: أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم، ولم يكن بينهما عقد أصلًا تعذَّر تصحيحها بيعًا، لأنَّ الإقالة أضيفت إلىٰ ما لا وجود له فيبطل في مخرجها، وما نحن بصدده ليس كذلك، لأنَّ الإقالة أضيفت إلىٰ ما له وجودٌ أعني سابقية العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضعٍ لوجود الدلالة علىٰ ما

بَيْعٌ فِي حَقِّ الثَّالِثِ: وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ بِالتَّرَاضِي. وَهٰذَا هُوَ حَدُّ البَيْعِ وَلِهٰذَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِ السِّلْعَةِ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَتَثْبُتُ بِهِ الشُّفْعَةُ وَهٰذِهِ أَحْكَامُ البَيْعِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرَّفْعِ وَالْفَسْخِ كَمَا قُلْنَا، وَالْأَصْلُ إِعْمَالُ الأَلْفَاظِ فِي مُقْتَضَيَاتِهَا الحَقِيقِيَّةِ، وَلَا يُحْتَمَلُ ابْتِدَاءُ العَقْدِ لِيُحْمَلَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِهِ؛ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللَّفْظُ لَا يَحْتَمِلُ ضِدَّهُ فَتَعَيَّنَ البُطْلَانُ،

أريدَ من المجاز إرادة المجاز في سائر الصُّور عند عدم دلالة الدليل على المجاز، إلىٰ هذا أشار في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَهٰذِهِ أَحْكَامُ البَيْعِ، وهي بطلان الإقالة بِهلاك السِّلعة في يد المشتري بعد الإقالة والردِّ بالعيب وثبوت الشفعة بِها تدلُّ علىٰ أنَّ الإقالة بيعٌ، فالاستدلال بالأثر على العلة إنَّما يصح إذا كان الأثر مخصوصًا بذلك المؤثر، كالاستدلال بالدُّخان على النار، وهذه الأحكام بِهذه المثابة لأنَّها لا توجد بدون البيع فصحَّ الاستدلال بِها، بخلاف الملك فإنه غير مختص بالبيع.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الرَّفْعِ وَالْفَسْخِ، إلىٰ أن قال: فَتَعَيَّنَ البُطْلَانُ، فإن قيل: إعمال اللفظ لمعنًى من المعانِي عند دلالة الدليل عليه أوْلىٰ من الإبطال، ثمَّ في لفظ الإقالة لمَّا تعذَّر اعتبار الحقيقة وَجَب أن يجعل عبارةً عن البيع المبتدأ لأنَّ اللفظ يحتمله، ألا ترىٰ أنَّا جعلناه بيعًا في حقِّ الثالث؟ قلنا: أنَّ اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعًا، فإنَّ الفسخ ضد العقد لا محالة، واللفظ كيف يجعل مجازًا عن ضدِّه؟ وأمَّا في حقِّ ثالثٍ فنحن ما جعلنا اللفظ مجازًا عن البيع في حقه، ولكن لمَّا ثبت حكم البيع بِهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدلٍ أظْهَرنا هذا الموجب في حقِّ ثالثٍ،

وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ مِثْلُ حُكْمِ الْبَيْعِ وَهُوَ الْمِلْكُ لَا مُقْتَضَىٰ الصِّيغَةِ، إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَىٰ غَيْرِهِمَا، إِذَا ثَبَتَ هٰذَا نَقُولُ: إِذَا شَرَطَ الأَكْثَرَ فَالْإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الْفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إِذْ رَفْعُ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِأَنَّ الإِقَالَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا

فأمَّا في حقهما فاللفظ إذا لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصحُّ مجازًا عن البيع لَغَا في نفسه، كذا في الإيضاح، وذكر في الفوائد الظهيرية: ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنَّ الإقالة رفعٌ وفسخٌ والعقد إثباتٌ وتحقيقٌ فكانت بينهما منافاة فلا يمكن أن يستعار أحدهما للآخر، والمجاز حيثما يجوز إنَّما يجوز باعتبار اشتِراكهما في معنًى يوجد فيهما، بيانه أنَّ الشجاع يسمَّىٰ أسدًا لاشتِراكهما في معنى الشجاعة، وأمَّا الجواب لأبي حنيفة رحمه الله تعالى عمَّا استدلَّ به أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ من أحكام البيع في الإقالة علىٰ أنَّ الإقالة بيعٌ بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع؟ قلنا: الشارع يبدل الأحكام من حكمٍ إلىٰ حكمٍ، كدم الاستحاضة أخرجت عن حكم الحدث، ولا يغيِّر الحقائق، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يتبدل ويثبت ضمنًا للإقالة، وأمَّا الإقالة فلا يخرجها عن حقيقتها وهي الفسخ.

قوله: وَكَوْنُهُ بَيْعًا فِي حَقِّ الثَّالِثِ، جوابُ سؤالٍ يرد علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ الْبَيْعِ، يتعلَّق بقوله: لِتَعَذُّرِ الْفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، أي يتعذَّر الفسخ على الزيادة ولا يتعذَّر البيع بالزيادة، كما إذا باع درهمًا بدرهمين فإنَّ البيع يفسد بثبوت درهم زائدٍ ولا يجعل كأنه باع درهمًا بدرهمٍ، ويبطل الدرهم الزائد حتَّىٰ يصح البيع

فِي العَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا أَوْ لَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهَا فِي الرَّفْعِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الأَقَلَّ لِمَا بَيَّنَّاهُ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتِ الإِقَالَةُ بِالْأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ، وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا؛ لِأَنَّ الأَصْلَ هُوَ البَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - جَعْلُهُ بَيْعًا مُمْكِنٌ فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهٰذَا ابْتِدَاءَ البَيْعِ، وَكَذَا فِي شَرْطِ الأَقَلِّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ فَسْخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لَا سُكُوتٌ عَنْ بَعْضِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنِ الكُلِّ وَأَقَالَ

لأنَّ الزيادة يمكن إثباتِها في البيع لأنَّها إثبات ما لم يكن ثابتًا فيتحقَّق الربا، ولا يمكن إثبات الزيادة في الإقالة لأنَّها رفعُ ما كان ثابتًا ورفع ما كان زائدًا علىٰ ما كان محالٌ، وهذا يُؤيِّد قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ أنَّها فسخٌ، إذ لو كانت بيعًا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلىٰ قوله: لِتَعَذُّرِ الفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، لأنَّ فسخ العقد عبارةٌ عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ، لأنَّ في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتًا، وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتًا، ورفع المعدوم محالٌ فكان في الإحالة على السواء، فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الإقالة.

قوله: إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَتِ الإِقَالَةُ بِالْأَقَلِّ؛ لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ، وبعض مشايخنا قالوا: تأويلُ المسئلة أن يكون حصة العيب بقدر النقصان، أو أقلَّ، أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، ولكن جواب الكتاب

يَكُونُ فَسْخًا فَهٰذَا أَوْلَىٰ، بِخِلَافِ مَا إِذَا زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ فَهُوَ فَسْخٌ بِالْأَقَلِّ لِمَا بَيَّنَّاهُ. وَلَوْ أَقَالَ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ فَسْخٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَيَجْعَلُ التَّسْمِيَةَ لَغْوًا، وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ وَلَدَتِ المَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَهُ لِأَنَّ الوَلَدَ مَانِعٌ مِنَ الفَسْخِ، وَعِنْدَهُمَا تَكُونُ بَيْعًا وَالْإِقَالَةُ قَبْلَ القَبْضِ فِي المَنْقُولِ وَغَيْرِهِ فَسْخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُمَا اللهُ -، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي المَنْقُولِ لِتَعَذُّرِ البَيْعِ، وَفِي العَقَارِ يَكُونُ بَيْعًا عِنْدَهُ لِإِمْكَانِ البَيْعِ، فَإِنَّ بَيْعَ العَقَارِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ عِنْدَهُ.

مطلقٌ، كذا في الذخيرة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالْعَيْبِ.

قوله: وَلَوْ وَلَدَتِ المَبِيعَةُ وَلَدًا ثُمَّ تَقَايَلَا فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، هذا إذا ولدت بعد القبض، وأمَّا إذا ولدت قبل القبض فالإقالة صحيحة عنده، وحاصله أنَّ الجارية إذا ولدت ثمَّ تقايلا، فإن كان قبل القبض صحَّت الإقالة، سواءٌ كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، أو منفصلة كالولد والأرش والعقر، لأنَّ الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلةً كانت أو منفصلةً، وإن كانت الزيادة بعد القبض فإن كانت منفصلةً فالإقالة باطلةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنَّها تعذَّر تصحيحها فسخًا بسبب الزيادة، وأبو حنيفة لا يجوز الإقالة إلا بطريق الفسخ، وإن كانت الزيادة متصلة فالإقالة صحيحة عنده لأنَّ الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متىٰ وجد الرضا ممَّن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لِمَا تقايلا فأمْكَن تصحيحها

قَالَ: (وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقَالَةِ وَهَلَاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا) لِأَنَّ رَفْعَ البَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالْبَيْعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإِنْ هَلَكَ بَعْضُ المَبِيعِ جَازَتِ الإِقَالَةُ فِي البَاقِي) ؛ لِقِيَامِ البَيْعِ فِيهِ، وَإِنْ تَقَايَضَا تَجُوزُ الإِقَالَةُ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِهِمَا وَلَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ المَبِيعُ بَاقِيًا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

فسخًا عنده، كذا في الذخيرة.

قوله: وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقَالَةِ وَهَلَاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا، لأنَّ شرط صحة الإقالة قيام العقد لأنَّها رفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لأنَّ المبيع محل إضافة العقد، بخلاف الثمن وهذا لأنَّ الثمن إنَّما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد، وما يكون وجوده بالعقد يكون حكمًا للعقد، وحكم العقد لا يكون محلًّا للعقد لأنَّ محل العقد شرط العقد وشرطُ الشيء يسبقه وبينهما تنافٍ، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع، بخلاف ما لو هلك الثمن، ولو تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما، ولا يجوز بعد هلاكهما.

قوله: وَلَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِ أَحَدِهِمَا، أي لا تبطل الإقالة بعد وجودها بِهلاك أحدهما.

قوله: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ، فإن قيل: في التصارف أيضًا كل واحد من البدلين مبيعٌ ويجوز الإقالة بعد هلاكهما، قلنا: لأنَّ المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه، ألا ترىٰ أنَّ بعد الإقالة لا يلزمه ردُّ المقبوض بعينه، ولكن إن شاء ردَّه وإن شاء ردَّ مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعًا صحَّة الإقالة، وإن كان في العوضين جميعًا لأنه لمَّا كانت الإقالة لا تتعلق بأعيانِهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما، بخلاف بيع العروض بالعروض، ثمَّ الإقالة تصحُّ بلفظين: أحدهما: يعبر به عن

..........................................................................

المستقبل نحو أن يقول: أقلني فيقول الآخر أقلتُ، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يقوم إلا بلفظين يعبِّر بهما عن الماضي اعتبارًا بالمبيع، ولهما أنَّ الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله: أقلني، مساومةً بل كان تحقيقًا للتصرف، كما في النكاح وبه فارق البيعَ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

# بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ

قَالَ: (الْمُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ، وَالتَّوْلِيَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ رِبْحٍ) وَالْبَيْعَانِ جَائِزَانِ؛ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الجَوَازِ، وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَىٰ هٰذَا النَّوْعِ مِنَ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الغَبِيَّ الَّذِي لَا يَهْتَدِي فِي التِّجَارَةِ يَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ

## باب المرابحة والتولية

البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة أنواعٌ أربعة: المساومة: وهي التي لا يلتفت إلى الثمن السابق، ومنها: بيع الوضيعة، وهو البيع بأقل من الثمن الأول، ومنها: المرابحة، ومنها: التولية، وقولنا: بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة، يخرج الصرف.

قوله: المُرَابَحَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ، أي من السلع، لأنه إذا اشترىٰ بالدراهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحةً، المسئلة في فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِالْعَقْدِ الأَوَّلِ، أي بما ملكه، لأنَّ من غصب عبدًا وأبق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثمَّ عاد العبد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحةً على القيمة التي أدَّاها إلىٰ مالكه، هذه المسئلة أيضًا في فتاوىٰ قاضي خان.

قوله: بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ، أي بما قام عليه، لأنه لو ضمَّ إلى الثمن الأول أجرة القصَّار والصبَّاغ والطرَّاز والفتل جاز، ولأنه لو ملك أصل الثوب بميراثٍ أو هبةٍ أو وصيةٍ فقومه بقيمته ثمَّ باعه مرابحةً على تلك القيمة جاز، والمسئلة في المبسوط.

يَعْتَمِدَ فِعْلَ الذَّكِيِّ الْمُهْتَدِي وَتَطِيبُ نَفْسُهُ بِمِثْلِ مَا اشْتَرَىٰ وَبِزِيَادَةِ رِبْحٍ فَوَجَبَ الْقَوْلُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَٰذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنِ الْخِيَانَةِ وَعَنْ شُبْهَتِهَا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَمَّا أَرَادَ الْهِجْرَةَ ابْتَاعَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بَعِيرَيْنِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: وَلِّنِي أَحَدَهُمَا، فَقَالَ: هُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: أَمَّا بِغَيْرِ ثَمَنٍ فَلَا».

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ حَتَّىٰ يَكُونَ الْعِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ)؛

قوله: وَلِهَٰذَا كَانَ مَبْنَاهُمَا، إيضاحٌ لقوله: يَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يَعْتَمِدَ فِعْلَ الذَّكِيِّ.

قوله: وَعَنْ شُبْهَتِهَا، حتَّى إذا اشترىٰ إلىٰ أجلٍ ليسَ له أن يبيعه مرابحةً إلا بالبيان.

قوله: وَلَا تَصِحُّ الْمُرَابَحَةُ وَ - لا - التَّوْلِيَةُ حَتَّىٰ يَكُونَ الْعِوَضُ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ، أي يكون العوض من ذوات الأمثال، فإن لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الأول فحينئذٍ تصحُّ، لأنه إذا لم يكن له مثل ولم يملكه أيضًا فاشتَراه مرابحةً أو توليةً يكون مشتريًا بالقيمة وهي مجهولة، لأنَّها تعرف بالحزر والظن فتمكَّن شبهة الخيانة، وأنه مانع من بيع المرابحة والتولية، فأمَّا إذا كان مالكًا لذلك العوض فاشتراه به أو اشتراه به وبربح درهم صحَّ، وصورته أن يشتري رجل عبدًا بثوبٍ فسلم الثوب وقبض العبد ثمَّ إن بائع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وبربح درهم أو قفيز حنطة جاز، وكذلك إن باع العبد من البائع الأول بذلك الثوب وبربح درهم أو قفيز حنطةٍ جاز، ولو اشتراه بذلك العوض بربح دَهْ يَازْدَهْ وهو مالك ذلك العوض لا يجوز لأنه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالحزر والظنِّ فكان مجهولًا، وإنَّما قلنا ذلك

لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ لَوْ مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالْقِيمَةِ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ (وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ يَمْلِكُ ذٰلِكَ الْبَدَلَ وَقَدْ بَاعَهُ بِرِبْحِ دِرْهَمٍ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَكِيلِ مَوْصُوفٍ جَازَ) لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ بِمَا الْتَزَمَ (وَإِنْ بَاعَهُ بِرِبْحِ «دَهْ يَازْدَهْ» لَا يَجُوزُ) لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ الْمَالِ وَبِبَعْضِ قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، (وَيَجُوزُ أَنْ يُضِيفَ إِلَىٰ رَأْسِ الْمَالِ أُجْرَةَ الْقَصَّارِ وَالطَّرَّازِ وَالصَّبْغِ وَالْفَتْلِ وَأُجْرَةَ حَمْلِ الطَّعَامِ) لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ هٰذِهِ الْأَشْيَاءِ بِرَأْسِ الْمَالِ فِي عَادَةِ

لأنَّ هذا اللفظ وهو ربح دَهْ يَازْدَه إنَّما يستعمل فيما إذا قام له السلعة بعشرةٍ يبيعها بأحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به، والثمن هنا وهو الثوب ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم فيصير حينئذٍ بائعًا للعبد بذلك الثوب، وبجزءٍ من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة فيكون بائعًا بالثوب وببعض قيمته، والقيمة مجهولةٌ فلا يجوز، وكذا لو باع العبد ممن لا يملك الثوب بربح دَهْ يَازْدَه لا يجوز، ومعنىٰ قولنا «بربح دَهْ يَازْدَهْ» أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم، فإن كان الثمن الأول عشرة كان الربح درهمًا، وإن كان عشرين كان الربح درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم، فتسمية ربح دَهْ يَازْدَهْ تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الأمثال فلا يجوز، ويزيد ما ذكرنا وضوحًا بمسئلةٍ: وهي أن من اشترى من رجل عبدًا بألف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه، ثمَّ باعه مرابحةً عليها بربح مائة درهم فإنَّ المائة الربح تكون من نقد البلد لا من جنس الثمن، ولو باعه مرابحةً بربح دَهْ يَازْدَهْ فإنَّ الربح يكون من النخبة لا من نقد البلد، ثَبَت أنَّ هذا اللفظ يقتضي أن يكون الربح من جنسه.

التُّجَّارِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا يَزِيدُ فِي المَبِيعِ أَوْ فِي قِيمَتِهِ يَلْحَقُ بِهِ هٰذَا هُوَ الأَصْلُ، وَمَا عَدَدْنَاهُ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ وَأَخَوَاتِهِ يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالْحَمْلَ يَزِيدُ فِي القِيمَةِ إِذِ القِيمَةُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ (وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَلَمْ يَقُلِ اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا) كَيْ لَا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوْقُ الغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ، بِخِلَافِ أُجْرَةِ الرَّاعِي وَكِرَاءِ بَيْتِ الحِفْظِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالْمَعْنَىٰ، وَبِخِلَافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ لِأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لِمَعْنًىٰ

قوله: وَسَوْقُ الغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ، لأنَّ القيمة تختلف باختلاف المكان، بخلاف أجر الرَّاعي، لأنه يستحقُّ الأجر باعتبار الحفظ، وكذا بيت الحفظ، لأنه لا يزيد في العين ولا في المعنى، أي في المالية، وبخلاف أجر التعليم فإنه إذا أنفق علىٰ عبده في تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال، وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب، إلا إذا كان فيه عُرفٌ ظاهر بإلحاقه كان له أن يلحقه، لأنَّ زيادة المالية باعتبار معنًى في المتعلِّم وإن كان لا بد من التعليم، إلا أنَّ التعليم آخر الأمرين وجودًا وأنه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافًا إليه لا إلى التعليم، وأجرة السمسار تضمُّ إن كانت مشروطةً في العقد بالإجماع، وإن لم تكن مشروطةً بأن كانت مرسومةً أكثر المشايخ علىٰ أنَّها لا تضمُّ، ومنهم من قال تضم، والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال، قال زفر رحمه الله تعالىٰ: ولو كان في موضعٍ جرت العادة فيما بين التُّجار بإلحاقه برأس المال يلحق به أيضًا، وفي المبسوط: وفي إلحاق شيءٍ برأس المال المعتبر العرف الظاهر، وما عمل بيده من قصارةٍ أو خياطةٍ أو ما أشْبَه ذلك من الأعمال لا يُضمه إلىٰ رأس المال، رجل اشترىٰ دجاجةً وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضةً فباع البيضات بدرهمٍ ثمَّ أراد أن يبيع الدجاجة مرابحةً إن أنْفَق على الدجاجة قدر

فِيهِ وَهُوَ حَذَاقَتُهُ، (فَإِنِ اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ خِيَانَةٍ فِي الْمُرَابَحَةِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنِ اطَّلَعَ عَلَىٰ خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحُطُّ فِيهِمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ؛ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا، وَالتَّوْلِيَةُ وَالْمُرَابَحَةُ تَرْوِيجٌ وَتَرْغِيبٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ كَوْنُهُ تَوْلِيَةً وَمُرَابَحَةً وَلِهَٰذَا يَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ: وَلَّيْتُكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ، أَوْ بِعْتُكَ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إِذَا كَانَ ذَٰلِكَ مَعْلُومًا فَلَا بُدَّ مِنَ الْبِنَاءِ عَلَى الْأَوَّلِ وَذَٰلِكَ بِالْحَطِّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الْخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَفِي الْمُرَابَحَةِ مِنْهُ وَمِنَ الرِّبْحِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحَطَّ فِي التَّوْلِيَةِ لَا تَبْقَىٰ تَوْلِيَةً؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ

ثمن البيضات جاز لأنه جعل ثمن البيضة عوضًا عمَّا أنْفَق، وإن لم ينفق لا يجوز، وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل أن يقدر ما أصابَ من الزيادة إذا أنْفَق من ماله لا يلزمه، بيان ذلك في بيع المرابحة، كذا في المحيط.

قوله: فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ، لوجود الأمن عن الغبن.

قوله: مِنْهُ وَمِنَ الرِّبْحِ، بيانه فيمن ابتاع ثوبًا بعشرة مثلًا علىٰ ربح خمسة ثمَّ ظهر أنَّ البائع اشتَراه بثمانيةٍ وباعه منه بعشرة علىٰ ربح خمسة يحطُّ قدر الخيانة من الأصل وهو

عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيَّنَ الحَطُّ وَفِي المُرَابَحَةِ لَوْ لَمْ يُحَطَّ تَبْقَىٰ مُرَابَحَةً وَإِنْ كَانَ يَتَفَاوَتُ الرِّبْحُ فَلَا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّخْيِيرِ، فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الفَسْخَ يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ؛ لِأَنَّهُ المُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الفَائِتِ فَيَسْقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَإِنْ بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنْهُ كُلَّ رِبْحٍ كَانَ قَبْلَ ذٰلِكَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَغْرَقَ الثَّمَنَ لَمْ يَبِعْهُ مُرَابَحَةً، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الأَخِيرِ) صُورَتُهُ: إِذَا اشْتَرَىٰ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِخَمْسَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِخَمْسَةٍ، وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشْرِينَ مُرَابَحَةً ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَصْلًا، وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى العَشَرَةِ فِي الفَصْلَيْنِ، لَهُمَا أَنَّ العَقْدَ الثَّانِيَ

درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهمًا، وكذا لو اشتَرىٰ ثوبًا بعشرةٍ وقال: اشتَريته باثني عشر وباعه بربح درهمٍ فعنده يحطُّ درهمان من رأس المال وسدس درهم من الربح.

قوله: يَلْزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله تعالىٰ، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ المشتري يردُّ قيمة المبيع ويرجع على

عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الأَحْكَامِ عَنِ الأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ المُرَابَحَةِ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ شُبْهَةَ حُصُولِ الرِّبْحِ بِالْعَقْدِ الثَّانِي ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّـهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَىٰ شَرَفِ السُّقُوطِ

البائع بثمنٍ سلمه إليه بناءً علىٰ أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف.

قوله: مُنْقَطِعُ الأَحْكَامِ عَنِ الأَوَّلِ، لأنَّ الشفيع إذا سلم الشفعة في العقد الأول فله الشفعة في العقد الثانِي.

قوله: كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، يعني إذا باع المشتري الثانِي من رجل غير البائع الأول ثمَّ اشتَرىٰ منه البائع الأول.

قوله: لِأَنَّـهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعْدَمَا كَانَ عَلَىٰ شَرَفِ السُّقُوطِ، بأن يجد المشتري بالثوب عيبًا فيردَّه ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الربح وبالشراء ثانيًا وقع الأمن على البطلان فالمستفاد بالشراء الثانِي الثوب وتأكّد الربح الأول وللتأكيد شبه بالإيجاب حتَّىٰ غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا، لأنَّ شهادتَهم أكَّدت نصف المهر الذي كان علىٰ شرف السقوط بالردَّة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة، ألا ترىٰ أنه لو كان علىٰ رجلٍ عشرة دراهم فصالحه علىٰ ثوب لم يبعه مرابحةً علىٰ عشرةٍ لأنَّ مبنى الصلح على الحطِّ والمسامحة، ولو وجد حقيقة الحطِّ لم يبعه مرابحةً علىٰ عشرة فكذا إذا وجد شبهته، فصار في الفصل الأول كأنه اشترىٰ في العقد الثانِي ثوبًا وخمسة دراهم بعشرةٍ، فالخمسة بإزاء الخمسة وبقي الثوب بخمسةٍ فيبيعه مرابحةً علىٰ خمسةٍ، وفي الفصل الثانِي كأنه اشتَراه وعشرة بعشرةٍ فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيءٌ فلا يبيعه مرابحةً، ولا يقال: علىٰ هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثانِي في الفصل الثانِي كأنه اشترىٰ ثوبًا وعشرةً بعشرةٍ فكان فيه شبهة الربا، لأنا نقول: أنَّ

بِالظُّهُورِ عَلَىٰ عَيْبِ الشُّبْهَةِ كَالْحَقِيقَةِ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ احْتِيَاطًا، وَلِهٰذَا لَمْ تَجُزِ الْمُرَابَحَةُ فِيمَا أُخِذَ بِالصُّلْحِ لِشُبْهَةِ الحَطِيطَةِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشْتَرَىٰ خَمْسَةً وَثَوْبًا بِعَشَرَةٍ فَيُطْرَحُ عَنْهُ خَمْسَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ التَّأْكِيدَ حَصَلَ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ مِنَ المَوْلَىٰ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَىٰ

الربح الأول لم يصر مقابلًا بالثمن الثاني حقيقةً، وإنَّما تثبت له شبهة المقابلة من حيث أنَّ للتأكيد شبهًا بالإيجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة ولا تكفي لإفساد العقد لأنَّ المنع في بيع المرابحة لحقِّ العبد لا لحقِّ الشرع حتى يجوز عند البيان، وإذا رضي به بعد البيع يجوز، ولا يلزم علىٰ هذا ما إذا وهب له ثوبٌ فباعه بعشرةٍ ثمَّ اشتَراه بعشرةٍ فإنه يبيعه مرابحةً علىٰ عشرةٍ لأنه ممنوعٌ في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولو سَلِم فنقول: بالبيع الثاني وإن كان يتأكد انقطاع حقُّ الواهب في الرجوع لكنه ليس بمالٍ ولا تثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه، وأنه أيضًا ليسَ معنى يزاد الثمن لأجله، بخلاف ما إذا اشترىٰ بثمن مؤجل ثمَّ باعه مرابحةً بثمنٍ حالٌ لأنه معنى يزاد في الثمن لأجله، وبخلاف ما إذا تخلَّل ثالثٌ لأنَّ الربح تأكَّد بملك الثالث لا بشرائه، وبخلاف ما إذا اشتَراه بعشرةٍ ثمَّ باعه بوصيفٍ ثمَّ اشتَراه بعشرةٍ له أن يبيعه مرابحةً علىٰ عشرةٍ لأنه عادَ إليه بما ليسَ من جنس الوصيف، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخلَ لذلك في بيع المرابحة، أو لأنه لا يتمكَّن فيه شبهة الربا.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، وإنَّما قيَّد بالدين المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دينٌ فباع العبد من مولاه شيئًا

عَشَرَةٍ، وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ المَوْلَى اشْتَرَاهُ فَبَاعَهُ مِنَ العَبْدِ) لِأَنَّ فِي هٰذَا العَقْدِ شُبْهَةَ العَدَمِ بِجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي فَاعْتُبِرَ عَدَمًا فِي حُكْمِ المُرَابَحَةِ وَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِلْأَوَّلِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ العَبْدَ اشْتَرَاهُ لِلْمَوْلَىٰ بِعَشَرَةٍ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وَكَأَنَّهُ يَبِيعُهُ لِلْمَوْلَىٰ فِي الفَصْلِ الثَّانِي فَيُعْتَبَرُ الثَّمَنُ الأَوَّلُ.

فإنه لا يصحُّ، فإنَّ هذا البيع لا يفيد للمولىٰ شيئًا لم يكن له قبل البيع، لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، وكذا إذا كان عليه دينٌ لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولىٰ بالإجماع لأنَّ كسب العبد لا يعرىٰ عن قليل الدين، فلو جعل مانعًا لانسدَّ باب الانتفاع بكسبه فيختلُّ ما هو المقصود من الإذن، ولو كان محيطًا بماله دون رقبته فباع من المولىٰ شيئًا صحَّ البيع ولكن فيه شبهة العدم أيضًا فلا يبيعه المولىٰ مرابحةً بالثمن الذي اشتَراه به من العبد، لأنه لمَّا لم يجز للمولىٰ بيع ما اشترى من عبده وعليه دينٌ محيطٌ برقبته مع أنه أجنبيٌّ عن كسبه فلأن لا يجوز وعليه دينٌ محيطٌ بماله دون رقبته أوْلىٰ، فظَهَرَ أنه إنَّما قيَّد بقوله: وعليه دين محيط برقبته، ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأوْلىٰ.

قوله: بِجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي، ذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ في تعليل هذه المسئلة: لأنَّ بيع المولىٰ من عبده المأذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولىٰ وإن كان جائزًا فله شبهة العدم، لأنَّ مال العبد لا يخلو عن حقِّ السيد، ولهذا كان للمولىٰ أن يمنع كسب العبد لنفسه ويقضى الديون من مال نفسه، والمكاتب إذا عجز وردَّ إلى الرقِّ كان كسبه للمولىٰ فكان بائعًا من نفسه من وجهٍ وبيع الإنسان من نفسه باطلٌ، وإذا بطل البيع الثانِي لا يبيعه مرابحةً على الثمن المذكور بالبيع الثانِي، وإنَّما يبيع على الثمن المذكور في العقد الأول.

قوله: فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا باعه العبد من مولاه، والفصل الثانِي وهو ما إذا باعه المولىٰ من عبده.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَىٰ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةَ عَشَرَ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ) لِأَنَّ هٰذَا الْبَيْعَ وَإِنْ قُضِيَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلَافًا لِزُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - مَعَ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مَالَهُ بِمَالِهِ لِمَا فِيهِ مِنِ اسْتِفَادَةِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ وَالِانْعِقَادُ يَتْبَعُ الْفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ مِنْ وَجْهٍ فَاعْتُبِرَ الْبَيْعُ

قوله: خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّ عنده لا يجوز بيع ربِّ المال من المضارب، ولا بيع المضارب من رب المال إذا لم يكن في المال ربحٌ.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنِ اسْتِفَادَةِ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ، لأنَّ بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه، فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرُّف، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: لو صار مال المضاربة جاريةً ليس لربِّ المال أن يطأها وإن لم يكن فيها ربحٌ لأنَّ للمضارب حقُّ التصرف، ألا ترىٰ أنَّ رب المال لا يملك بيعها، وأحاله إلى الإيضاح.

قوله: وَالِانْعِقَادُ يَتْبَعُ الْفَائِدَةَ، ألا ترىٰ أنه إذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتَراهما صفقةً واحدةً جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن، ثمَّ يخرج فكذلك هٰهنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لفائدة استفادة ولاية التصرف.

قوله: فَفِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، لِمَا قال زفر رحمه الله تعالىٰ أنَّ البيع تمليك المال بالمال، وأنه معدومٌ ههنا.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ، هذا لإيضاح قوله: فَفِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ، لأنَّ المضارب

الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ أَوْ وَطِئَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً وَلَا يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَبِسْ عِنْدَهُ شَيْئًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَلِهٰذَا لَوْ فَاتَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَا مَنَافِعُ البُضْعِ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَمْ

لمَّا كان وكيلًا عنه وجب أن لا يجوز البيع بينهما، كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه، فصار بيع المضارب من ربِّ المال باطلًا في حقِّ نصف الربح، لأنَّ ذلك حق ربِّ المال، فأمَّا درهمان ونصف فحق المضارب ولا شبهة في أصل الثمن، فلهذا يبيعه مرابحةً على اثني عشر ونصفٍ.

قوله: وَكَذَا مَنَافِعُ البُضْعِ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، فإن قيل: المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء، والجزء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن، ولهذا لو اشترىٰ جاريةً فوطئها ثمَّ وجد بها عيبًا لا يتمكَّن من الردِّ وإن كانت هي ثيبًا، وذلك باعتبار أنَّ المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري، قلنا: المانع من الردِّ بالعيب بعد الوطء غير ما ذكرت، وهو أنه إن ردَّها مع العقر يلزم الفسخ في شيءٍ لم يرد عليه العقد وهو العقر، وإن ردَّها بدون العقر يلزم سلامة وطئها عن العوض، بخلاف الهبة، فإنَّ وطء الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب، لأنه يجوز أن يسلم له وطئها بلا عوضٍ كما سلم الجارية بلا عوضٍ، ولا يلزم علىٰ هذا سلامة خدمة الجارية للمشتري بعد الفسخ لأنَّ الخدمة شيءٌ لا بُدَّ منها، فلو كان استيفاء الخدمة يمنع الردَّ بالعيب لانسدَّ باب الردِّ بالعيب، ولا يجوز أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادةً متولدةً من العين، أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرش والعقر، فكذا الوطء وبيع المرابحة إنَّما يمتنع جوازه من غير بيان، إمَّا بالخيانة في

يُنْقِصُهَا الوَطْءُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، كَمَا إِذَا احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - (فَأَمَّا إِذَا فَقَأَ عَيْنَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ فَقَأَهَا أَجْنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرْشَهَا لَمْ يَبِعْهَا مُرَابَحَةً حَتَّىٰ يُبَيِّنَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا وَطِئَهَا وَهِيَ بِكْرٌ لِأَنَّ العُذْرَةَ جُزْءٌ مِّنَ العَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَبَسَهَا (وَلَوِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأْرٍ أَوْ حَرْقُ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، وَلَوْ تَكَسَّرَ بِنَشْرِهِ وَطَيِّهِ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً حَتَّىٰ يُبَيِّنَ) وَالْمَعْنَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ غُلَامًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحِ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَعَلِمَ المُشْتَرِي، فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبِلَ) ؛ لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لِأَجْلِ الأَجَلِ، وَالشُّبْهَةُ فِي هٰذَا مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَىٰ شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً بِثَمَنِهِمَا،

الثمن أو باحتباس شيءٍ من المبيع.

قوله: فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأْرٍ، في الفوائد الظهيرية: والفرض بفاء معجمة من فوقها بواحدةٍ، نصَّ علىٰ هذا صدر الإسلام أبو اليُسر رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ، أمَّا في قرض فأرٍ فلِمَا ذُكر في الإعورار أنَّ الأوصاف تابعةٌ لا يقابلها الثمن، وأمَّا في حقِّ تكسر الثوب بنشره فلِمَا ذُكِر في فقأ العين أنه صار مقصودًا بالإتلاف.

وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْمُرَابَحَةِ يُوجِبُ السَّلَامَةَ عَنْ مِثْلِ هٰذِهِ الخِيَانَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ يُخَيَّرُ كَمَا فِي العَيْبِ (وَإِنِ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ) ؛ لِأَنَّ الأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، أي حقيقةً، أمَّا شبهة المقابلة فثابتةٌ، ولهذا يزاد في الثمن لأجل الأجل فاعتبر الأجل مالًا في المرابحة، حتى اشتَرط بيان الأجل احترازًا عن شبهة الخيانة، ولم يعتبر في حق الرجوع لأنه ليسَ بمال في الحقيقة، وفي المبسوط: فإن لم يصبه عيب لكنه أصاب من غلة الدار أو الدابة أو الخادم شيئًا فله أن يبيع المشتري مرابحةً علىٰ ثمنه، لأنَّ الغلة ليست بمتولدةٍ من العين فلا يكون حابسًا شيئًا من المعقود عليه باعتبارها، ولأنَّ الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنعه من بيعها مرابحةً فكذا بدلها، وهذا لأنه أنْفَق عليها بإزاء ما نال من المنفعة، وإذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الأصل مع الزيادة مرابحةً لأنه لم يحبس شيئًا من المعقود عليه، وإن نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبإزائه ما يجبره وهو الولد، ففي مثل هذا النقصان له أن يبيعه مرابحةً وإن لم يكن بإزاء النقصان ما يجبره، فإذا كان أَوْلىٰ فإن استهلك المشتري الزيادةَ لم يبع الأصل مرابحةً حتى يبيِّن ما أصابَ من ذلك، لأنَّ ما استهلكه متولد من العين، ولو استهلك جزءًا من عينها لم يبعها مرابحةً من غير بيان، فكذلك إذا استهلك ما تولَّد من العين، وكذلك ألبان الغنم وأصْوَافها وسمونِها إذا أصابَ من ذلك شيئًا فلا يبيع الأصل مرابحةً حتى يبين ما أصاب ههنا لأنَّ ما أصاب في حكم جزءٍ من عينها، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ له أن يبيعها مرابحةً، بناءً علىٰ مذهبه أنَّ الزيادة المنفصلة وإن كانت متولدةً من العين فهيَ بمنزلة الغلة حتى لا يمنع ردُّ الأصل بالعيب، وإن كان أنْفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحةً من غير بيانٍ، لأنَّ حصول الزيادة له باعتبار ما أنْفق عليها من ماله، والغنم مقابل بالغرم.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ وَلَّاهُ إِيَّاهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَدَّهُ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّ الخِيَانَةَ فِي التَّوْلِيَةِ مِثْلُهَا فِي المُرَابَحَةِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ (وَإِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لَزِمَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةٍ) لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَرُدُّ القِيمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُلَّ الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إِذَا اسْتَوْفَىٰ الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ وَعَلِمَ بَعْدَ الِاتِّفَاقِ، وَسَيَأْتِيك مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقِيلَ يُقَوَّمُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَبِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ وَلٰكِنَّهُ مُنَجَّمٌ مُعْتَادٌ قِيلَ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ؛ لِأَنَّ المَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ، وَقِيلَ يَبِيعُهُ وَلَا يُبَيِّنُهُ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌّ.

قَالَ: (وَمَنْ وَلَّىٰ رَجُلًا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمِ المُشْتَرِي بِكَمْ قَامَ عَلَيْهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ) لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِنْ أَعْلَمَهُ البَائِعُ، يَعْنِي فِي المَجْلِسِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّ الفَسَادَ لَمْ يَتَقَرَّرْ، فَإِذَا حَصَلَ العِلْمُ فِي المَجْلِسِ جُعِلَ كَابْتِدَاءِ العَقْدِ وَصَارَ كَتَأْخِيرِ القَبُولِ إِلَىٰ آخِرِ المَجْلِسِ، وَبَعْدَ الِافْتِرَاقِ قَدْ تَقَرَّرَ فَلَا يُقْبَلُ الإِصْلَاحُ، وَنَظِيرُهُ

قوله: لِمَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّ الأَجَلَ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ.

قوله: فَلَا يُقْبَلُ الإِصْلَاحُ، لأنَّ جهالة الثمن فسادٌ في صلب العقد، إلا أنه في مجلس العقد غير متقرِّر لأنَّ ساعات المجلس كساعةٍ واحدةٍ فصار التأخير إلىٰ آخر المجلس عفوًا كتأخير القبول، فإن القبول في آخر المجلس يرتبط بالإيجاب وإن تخلَّلت بينهما ساعات، وكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوَّله، فصحَّ علىٰ تقدير الابتداء،

بَيْعُ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ إِذَا عَلِمَ فِي المَجْلِسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّ الرِّضَا لَمْ يَتِمَّ قَبْلَهُ لِعَدَمِ العِلْمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

## فَصْلٌ: فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّل

(وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ لَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهُ حَتَّىٰ يَقْبِضَهُ)، لِأَنَّـهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ انْفِسَاخِ العَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ (وَيَجُوزُ بَيْعُ العَقَارِ قَبْلَ القَبْضِ عِنْدَ

فأمّا بعد الافتِراق فإصلاحٌ لا ابتداء لتقرُّر الفساد بالافتِراق وهذا فسادٌ لا يحتمل الاصلاح، بخلاف ما إذا باع إلى الحصاد وأسقط الأجل قبل الحصاد لأنه لم يتقرّر، أو لأنه ليسَ في صلب العقد وهذا في صلب العقد.

## فصل: فيما يُنقل ويحوّل

قوله: لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وهو أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعثه إلىٰ مكة أميرًا: «صر إلىٰ أهل بيت الله تعالى وانْهَهم عن أربع: بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطٍ في بيعٍ، وعن بيع وسلفٍ».

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ انْفِسَاخِ العَقْدِ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ، لأنه إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع وعاد إلىٰ قديم ملك البائع فيكون المشتري بائعًا ملكَ غيره ومتىٰ قبض يتمُّ البيع فيصير بائعًا ملكَ نفسه، وقبل القبض لا يدرى أتمَّ البيع فيصير بائعًا ملك نفسه أم

أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ) رُجُوعًا إِلَىٰ إِطْلَاقِ الحَدِيثِ وَاعْتِبَارًا بِالْمَنْقُولِ وَصَارَ كَالْإِجَارَةِ، وَلَهُمَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَلَا غَرَرَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ، بِخِلَافِ المَنْقُولِ، وَالْغَرَرَ المَنْهِيَّ عَنْهُ غَرَرُ انْفِسَاخِ العَقْدِ، وَالْحَدِيثُ مَعْلُولٌ بِهِ عَمَلًا بِدَلَائِلِ الجَوَازِ وَالْإِجَارَةِ، قِيلَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ؛ وَلَوْ سَلَّمَ فَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ المَنَافِعُ وَهَلَاكُهَا غَيْرُ نَادِرٍ.

ينفسخ فيصير بائعًا ملك غيره فلا يصح، فتمكَّن فيه غررٌ فكان باطلًا، بخلاف البيع الأول لأنه لا يتمكَّن فيه هذا الغرر لأنه متىٰ لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك، أو قبض وتمَّ البيع يكون البائع في الحالين بائعًا ملكه لا ملكَ غيره، بخلاف ما نحن فيه.

قوله: وَالْحَدِيثُ مَعْلُولٌ بِهِ، قيل: هذا تعليلٌ في موضع النصِّ، وهو ما رُوِي أنه عليه الصلاة والسلام نَهىٰ عن بيع ما لم يقبض، وأنه عام، قلنا: الحديث دخله خصوصٌ فبيع المهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، والميراث قبل القبض يصحُّ اتفاقًا، لِمَا أنه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك، وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا فيخصُّ بالقياس، لأنَّ مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس، علىٰ أنه لم يتناول المتنازع، إذ لا يتأتّىٰ فيه القبض الحقيقي لأنه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنيةً على الاختلاف في غصب العقار.

قوله: وَالْإِجَارَةِ، قِيلَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، أي لا يجوز للمشتري أن يؤاجر الدار المشتَراة قبل القبض عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وعندهما يجوز، والأصحُّ أنَّ الإجارة لا تصح اتفاقًا، وعليه الفتوى، لأنَّ الإجارة تمليكُ المنافع والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ مَكِيلًا مُكَايَلَةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازَنَةً فَاكْتَالَهُ أَوِ اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايَلَةً أَوْ مُوَازَنَةً لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرَىٰ مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَلَا أَنْ يَأْكُلَهُ حَتَّىٰ يُعِيدَ الكَيْلَ وَالْوَزْنَ) «لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ: صَاعُ البَائِعِ، وَصَاعُ المُشْتَرِي» ؛ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى المَشْرُوطِ وَذٰلِكَ لِلْبَائِعِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الثَّوْبَ مُذَارَعَةً؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهُ إِذِ الذَّرْعُ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ، بِخِلَافِ القَدْرِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَيْلِ البَائِعِ قَبْلَ البَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ مَكِيلًا مُكَايَلَةً، قيَّد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلًا أو موزونًا بهبةٍ أو ميراثٍ أو وصيةٍ جازَ له التصرف قبل الكيل، وكذا في الثمن، وذكر في الإيضاح: إذا قبض الكرَّ وهو ثمنٌ ثم باعه قبل الكيل جاز، لأنَّ التصرف في الثمن قبل القبض جائزٌ، وقيَّد بكونه مكايلةً أو موازنةً لأنه إذا باع المكيلَ أو الموزونَ مجازفةً جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع أو بالأكل وغيرهما.

قوله: لَمْ يَجُزْ لِلْمُشْتَرَى مِنْهُ، أي للمشتري الثانِي من المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الأول، وإنَّما وضع المسئلة فيما إذا باعه المشتري الذي اكتاله ليشير به إلىٰ أنَّ تصرُّف المشتري قبل الكيل لا يجوز، وإن كيل مرَّةً قبل شرائه أو بعد شرائه بغيبته.

قوله: حَتَّىٰ يُعِيدَ الكَيْلَ، أي بعد شرائه، ولا يكتفىٰ بكيل بائعه حيث اشترىٰ بائعه ولا يريد به حتى يعيد الكيلَ بعد القبض، لأنَّ الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري مرَّةً يكفي به.

المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ صَاعَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهُوَ الشَّرْطُ، وَلَا بِكَيْلِهِ بَعْدَ البَيْعِ بِغَيْبَةِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ؛ لِأَنَّ بِهِ يَصِيرُ المَبِيعُ مَعْلُومًا وَلَا تَسْلِيمَ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ، وَلَوْ كَالَهُ البَائِعُ بَعْدَ البَيْعِ بِحَضْرَةِ المُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لَا يُكْتَفَىٰ بِهِ لِظَاهِرِ الحَدِيثِ، فَإِنَّهُ أُعْتُبِرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَىٰ بِهِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ، وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَلَوِ اشْتَرَى المَعْدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالْمَذْرُوعِ

قوله: وَهُوَ الشَّرْطُ، أي الشرطُ كيل البائع وكَيل المشتري، وإنَّما شرط ذلك لأنَّ البيع يتناول ما يحويه الكيل أو الوزن وهو مجهولٌ فرُبَّما يزيد وينقص، فما لم يكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز البيع عن غيره فكان المبيع مجهولًا فيفسد البيع، ولأنَّ أصل القبض شرطُ جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطًا أيضًا، والكيل والوزن فيما بيع كيلًا أو وزنًا من تمام القبض، لأنَّ القدر معقودٌ عليه فيما بيع كيلًا ووزنًا حتى يلزمه ردُّ الزيادة إن زاد، وينقص من الثمن حصة ما نقص، والقبض غير مغنٍ لتوهُّم الزيادة والنقصان، بخلاف ما إذا باع مجازفةً إذ البيع وقع على المشار إليه لا على مقدارٍ بعينه، وتصوُّر الزيادة في المجازفة بأن يكون لرجلٍ طعام فاكتاله ثمَّ باعه مجازفةً فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الأوَّل فالزيادة للمشتري.

قوله: وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلَمِ، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه من رجل كرًّا وأمر ربُّ السلم بقبضه فإنه لا يصحُّ إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل، أحدهما شراء المسلم إليه، وثانيهما قبض رب السلم لنفسه، وهو كالبيع الجديد فيجتمع صفقتان.

فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْهُمَا لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِ الرِّبَا، وَكَالْمَوْزُونِ فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى المَشْرُوطِ.

قَالَ: (وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ القَبْضِ جَائِزٌ) لِقِيَامِ المُطْلَقِ وَهُوَ المِلْكُ وَلَيْسَ فِيهِ غَرَرُ الِانْفِسَاخِ بِالْهَلَاكِ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعْيِينِ، بِخِلَافِ المَبِيعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ لِلْبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ لِلْبَائِعِ أَنْ يَزِيدَ لِلْمُشْتَرِي فِي المَبِيعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ وَيَتَعَلَّقُ الِاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَٰلِكَ) فَالزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ العَقْدِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَصِحَّانِ عَلَى اعْتِبَارِ الِالْتِحَاقِ، بَلْ عَلَى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصِّلَةِ، لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا؛ لِأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلْكَهُ عِوَضَ مِلْكِهِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ، وَكَذَا الحَطُّ؛ لِأَنَّ كُلَّ الثَّمَنِ صَارَ مُقَابَلًا بِكُلِّ المَبِيعِ فَلَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ فَصَارَ بِرًّا مُبْتَدَأً، وَلَنَا أَنَّهُمَا بِالْحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ العَقْدَ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَىٰ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ

---

قوله: وَيَتَعَلَّقُ الِاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَٰلِكَ، يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه، حتّىٰ كان للبائع حبس المبيع إلىٰ أن يستوفى الأصل والزيادة، وإذا أوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة، وليس للبائع أن يمتنع من تسليم الزيادة.

قوله: فَلَا يُمْكِنُ إِخْرَاجُهُ، يعني لمّا قوبل كل الثمن بهذا المجموع، فلو أخرج بقي بعض المبيع بلا عوضٍ وذا لا يجوز، ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكلّ لانتفاء العقد الجديد.

وَهُوَ كَوْنُهُ رَابِحًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ عَدْلًا، وَلَهُمَا وِلَايَةُ الرَّفْعِ فَأَوْلَىٰ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّغَيُّرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَا الخِيَارَ أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ العَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّ يَلْتَحِق بِأَصْلِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ وَصْفَ الشَّيْءِ يَقُومُ بِهِ لَا بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ لَا تَغْيِيرٌ لِوَصْفِهِ فَلَا يَلْتَحِقُ بِهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الِالْتِحَاقِ لَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ، وَيَظْهَرُ حُكْمُ الِالْتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ وَالْمُرَابَحَةِ حَتَّىٰ يَجُوزَ عَلَى الكُلِّ فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ عَلَى البَاقِي فِي الحَطِّ وَفِي الشُّفْعَةِ حَتَّىٰ يَأْخُذَ بِمَا بَقِيَ فِي الحَطِّ، وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لِمَا فِي الزِّيَادَةِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ الثَّابِتِ فَلَا يَمْلِكَانِهِ، ثُمَّ الزِّيَادَةُ لَا تَصِحُّ بَعْدَ هَلَاكِ المَبِيعِ

قوله: أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ العَقْدِ، بأن عقد عقدًا ثمَّ شرطا الخيار بعده فقد تغيَّر العقد من صفة اللزوم إلىٰ غيره، فإن قيل: الالتحاق بطريق الاستناد، وما هذا شأنه يثبت ثمَّ يستند وقد تعذَّر هٰهنا الثبوت لأنه يصير ملكه عوض ملكه، قلنا: ينفسخ العقد في حقِّ تصحيح الزيادة.

قوله: بِخِلَافِ حَطِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّهُ تَبْدِيلٌ لِأَصْلِهِ، أي لأصل العقد لأنه يصير هبةً لا لوصفه فلا يلتحق به، ولأنه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد لأنه يبقىٰ بيعًا بلا ثمنٍ فكان تغييرًا للعقد من وصفٍ مشروعٍ إلىٰ وصفٍ غير مشروعٍ.

قوله: وَعَلَى اعْتِبَارِ الِالْتِحَاقِ، جوابٌ عن قول زُفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: ثُمَّ الزِّيَادَةُ لَا تَصِحُّ بَعْدَ هَلَاكِ المَبِيعِ، يعني الزيادة في الثمن، وفي البقالي: وأمَّا الزيادة في المبيع فجائزةٌ بعد الهلاك لأنَّها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائمٌ، بخلاف الزيادة في الثمن لأنَّها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائمٍ، وفي الإيضاح: قال محمد

عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لَمْ يَبْقَ عَلَىٰ حَالَةٍ يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يُسْتَنَدُ، بِخِلَافِ الحَطِّ لِأَنَّهُ بِحَالٍ يُمْكِنُ إِخْرَاجُ البَدَلِ عَمَّا يُقَابِلُهُ فَيُلْتَحَقُ بِأَصْلِ العَقْدِ اسْتِنَادًا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلًا مَعْلُومًا صَارَ مُؤَجَّلًا) ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ تَيْسِيرًا عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَمْلِكُ إِبْرَاءَهُ مُطْلَقًا فَكَذَا مُؤَقَّتًا، وَلَوْ أَجَّلَهُ إِلَىٰ أَجَلٍ مَجْهُولٍ إِنْ كَانَتِ الجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَقَارِبَةً كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

رحمه الله تعالىٰ: ولو اشترىٰ جاريةً وقبضها فماتت في يده فزاد البائع للمشتري جاريةً أخرىٰ فالزيادة جائزةٌ لأنَّ هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائمٌ، ولو زاد المشتَري للبائع لم يجز لأنَّ الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالكٌ، ومن أصل محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن، ولو أعتق، أو كاتب، أو دبَّر، أو استولد، أو مات، أو قتل، أو وهب، أو باع، أو طحن، أو نسج، أو تخمَّر، أو أسلم مشتَري الخمر لا تصحُّ الزيادة لفوات محل العقد فالعقد، لم يرد على المطحون والمنسوج، ولهذا يصير الغاصب أحقَّ بهما.

قوله: لِأَنَّهُ بِحَالٍ يُمْكِنُ إِخْرَاجُ البَدَلِ عَمَّا يُقَابِلُهُ، فإنَّ الهالك لا قيمةَ له فإخراج البدل عمَّا يقابله ملايمٌ له، ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، أي وقد ذكرنا أنَّ الجهالة اليسيرة متحمَّلة في الكفالة وفي تأجيل الدين، كما في الحصاد والدياس، بخلاف الجهالة في البيع إلىٰ أجلٍ مجهولٍ حيث لا يصحُّ

قَالَ: (وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٍّ إِذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلًا) ؛ لِمَا ذَكَرْنَا (إِلَّا القَرْضَ) فَإِنَّ تَأْجِيلَهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ وَصِلَةٌ فِي الِابْتِدَاءِ حَتَّىٰ يَصِحَّ بِلَفْظَةِ الإِعَارَةِ، وَلَا يَمْلِكُهُ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَبَرُّعَ كَالْوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ، وَمُعَاوَضَةٌ فِي الِانْتِهَاءِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ الِابْتِدَاءِ لَا يَلْزَمُ التَّأْجِيلُ فِيهِ كَمَا فِي الإِعَارَةِ، إِذْ لَا جَبْرَ فِي التَبَرُّعِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الِانْتِهَاءِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِالدَّرَاهِمِ نَسِيئَةً وَهُوَ رِبًا، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَىٰ أَنْ يُقْرِضَ مِنْ مَالِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فُلَانًا إِلَىٰ سَنَةٍ حَيْثُ يَلْزَمُ الوَرَثَةَ مِنْ ثُلُثِهِ أَنْ يُقْرِضُوهُ وَلَا يُطَالِبُوهُ قَبْلَ المُدَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالتَبَرُّعِ، بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالْخِدْمَةِ وَالسُّكْنَىٰ فَيَلْزَمُ حَقًّا لِلْمُوصِي، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

وإن كانت الجهالة يسيرةً.

قوله: مِنْ قَبْلُ، أي في آخر باب البيع الفاسد.

قوله: صَارَ مُؤَجَّلًا، لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: لأنَّ الثمن حقه.

قوله: إِلَّا القَرْضَ، فَإِنَّ تَأْجِيلَهُ لَا يَصِحُّ، أي لا يلزم، أي لمن أجَّل إبطاله كما في العواري، واعلم أنَّ القرضَ مالٌ يقطعه من أمواله فيعطيه، وما ثبت عليه دينًا فليسَ بقرضٍ والدين يشمل ما وجب في ذمته دينًا بعقدٍ أو استهلاكٍ، وما صار دينًا في ذمته باستقراضه فهو أعمُّ من القرض، وقال مالك رحمه الله تعالىٰ: التأجيل في القرض لازم لأنه صار دينًا في ذمته بالقبض فيصحُّ التأجيل فيه كسائر الديون، والله تعالىٰ أعلم.

## بَابُ الرِّبَا

قَالَ: (الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا) فَالْعِلَّةُ عِنْدَنَا الكَيْلُ مَعَ الجِنْسِ وَالْوَزْنُ مَعَ الجِنْسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَيُقَالُ القَدْرُ مَعَ الجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الحَدِيثُ

## باب الربا

قوله: الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيلٍ، أي حكم الربا وهو الحرمة، والربا في اللغة عبارة عن الفضل، يقال: هذا يربو علىٰ هذا، أي يفضل، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرۡبُواْ عِندَ ٱللَّهِۖ﴾ [الروم: ٣٩] وسُمِّي المكان المرتفع ربوةً لفضله علىٰ سائر الأماكن، وفي الشرع عبارة عن فضل مالٍ لا يقابله عوضٌ في معاوضة مالٍ بمالٍ وهو محرَّمٌ في كل مكيلٍ أو موزونٍ بيع بجنسه، لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقد ذكر الله تعالىٰ لآكل الربا خمسًا من العقوبات: إحداها: التخبط، والثاني: المحق، والثالث: الحرب، والرابع: الكفر، والخامس: الخلود في النار، وذلك آيةُ نِهاية حرمته ﴿لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ﴿يَمۡحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٦] ﴿فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ﴾ [البقرة: ٢٧٩] ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨] ﴿وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ ٢٧٥﴾ [البقرة: ٢٧٥].

قوله: وَهُوَ أَشْمَلُ، أي القدر لأنه يتناول الكيلَ والوزنَ، وَالْأَصْلُ فِيهِ، أى في كون القدر مع الجنس علةً، الحَدِيثُ المَشْهُورُ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْحِنْطَةُ

المَشْهُورُ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ، وَالْفَضْلُ رِبًا» وَعَدَّ الأَشْيَاءَ السِّتَّةَ: الحِنْطَةَ، وَالشَّعِيرَ، وَالتَّمْرَ، وَالْمِلْحَ، وَالذَّهَبَ، وَالفِضَّةَ عَلَىٰ هٰذَا المِثَالِ. وَيُرْوَىٰ بِرِوَايَتَيْنِ بِالرَّفْعِ مِثْلٌ وَبِالنَّصْبِ مِثْلًا. وَمَعْنَى الأَوَّلِ بَيْعُ التَّمْرِ، وَمَعْنَى الثَّانِي بِيعُوا التَّمْرَ، وَالْحُكْمُ مَعْلُومٌ بِإِجْمَاعِ القَائِسِينَ لٰكِنَّ العِلَّةَ عِنْدَنَا مَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الطَّعْمُ فِي المَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثْمَانِ، وَالْجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ، وَالْمُسَاوَاةُ مُخَلِّصٌ. وَالأَصْلُ هُوَ الحُرْمَةُ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَىٰ شَرْطَيْنِ التَّقَابُضِ وَالْمُمَاثَلَةِ ......................

بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ، وَالْفَضْلُ رِبًا» وَعَدَّ الأَشْيَاءَ السِّتَّةَ، وهذا حديثٌ مشهورٌ تلقته العلماء بالقبول والعمل به، ومدار هذا الحديث علىٰ أربعة نفر من الصحابة: عُمر ابن الخطاب، وعُبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله تعالىٰ عنهم، مع اختلاف ألفاظهم، وأنه معلولٌ بإجماع القائسين، خلافًا لأصحاب الظواهر لأنَّهم لا يرون القياس حجةً فقصروا حكم الربا على الأشياء الستَّة.

قوله: وَالْجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ، أى شرطٌ لتعمل العلَّة عملها، حتى لا تعمل علته وهي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان عنده، إلا عند وجود الجنسية ولا أثرَ للجنسية بانفرادها عنده، حتَّىٰ لو أسْلَم ثوبًا هرويًّا في ثوبٍ هرويٍّ جاز عنده، لأنَّ العلة لا تعمل إلا عند وجود شرطها لا أنَّ الشرط يعمل شيئًا من العمل عند عدم العلة.

قوله: لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَىٰ شَرْطَيْنِ، أي الشارع نصَّ على الشرطين، التقابض والتماثل لأنه قال يدًا بيدٍ مثلًا بمثلٍ، أى قابضًا يدًا بيدٍ ومماثلًا بمماثلٍ آخر، وهما نصب على

وَكُلُّ ذٰلِكَ يُشْعِرُ بِالْعِزَّةِ وَالْخَطَرِ كَاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ، فَيُعَلَّلُ بِعِلَّةٍ تُنَاسِبُ إِظْهَارَ الخَطَرِ وَالْعِزَّةِ وَهُوَ الطَّعْمُ لِبَقَاءِ الإِنْسَانِ بِهِ وَالثَّمَنِيَّةُ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ بِهَا، وَلَا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ فِي ذٰلِكَ، فَجَعَلْنَاهُ شَرْطًا وَالْحُكْمُ قَدْ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ، ........................

الحال، والعامل فيه الفعل المضمر وهو «بيعوا»، ورواية الرفع في هذا المعنى أيضًا والعدول إلى الرفع للدلالة على الثبوت والأحوال شروطٌ كما في قوله: إن دخلتِ الدار راكبةً فأنتِ طالقٌ.

قوله: وَكُلُّ ذٰلِكَ يُشْعِرُ بِالْعِزَّةِ وَالْخَطَرِ، أي جواز بيع هذه الأموال بشرطي التقابض والتماثل يشعر بأنَّ موجبهما وصفٌ في المحل ينبئُ عن زيادة العزَّة والخطر، حتى يجب لأجله زيادة الشرط لأنه متىٰ يقيد طريق إصابته بشرطٍ زائدٍ يعظم خطره في أعين المتملكين، كالعقد الوارد على الإبضاع لمَّا خصَّ بشهود ووليٍّ دون سائر المعاملات دلَّ علىٰ أنَّ المستحق به ما له خطرٌ وهو البضع فيعلُّ بعلة تناسب إظهار العزَّة والخطر وهو الطعم والثمنية.

قوله: وَالثَّمَنِيَّةُ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ، إذ الأموال إنَّما تبقىٰ أموالًا ما دامت لها أثمان، لأنَّ ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالًا، مثل كفٍّ من ترابٍ ونحوه، فالأموال سببُ بقاء الأنفس بوصف أنَّها مأكولةٌ أو وسيلةٌ إليه.

قوله: وَلَا أَثَرَ لِلْجِنْسِيَّةِ، والقدر في زيادة العزَّة والخطر لثبوتهما في خطيرٍ ومهانٍ، ولكن الحكم لا يثبت إلا عند الجنسية فجعلناها شرطًا لا علةً.

قوله: وَالْحُكْمُ قَدْ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ، جوابُ شبهةٍ تردُ علىٰ قول الشافعي رحمه الله تعالى: وهي أنَّ حكم الربا كما يدور مع الطعم والثمنية علىٰ أصلك فكذا يدور مع

وَلَنَا أَنَّهُ أَوْجَبَ المُمَاثَلَةَ شَرْطًا فِي البَيْعِ وَهُوَ المَقْصُودُ بِسَوْقِهِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى البَيْعِ، إِذْ هُوَ يُنْبِئُ عَنِ التَّقَابُلِ وَذٰلِكَ بِالتَّمَاثُلِ، ..................

الجنسية فلم جعلتَ الطعم والثمنية علةً دون الجنسية؟ فأجاب بأنه لا أثرَ للجنسية في زيادة الخطر، والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة، كالرجم مع الاحصان، والفرق بينهما بالتأثير وعدمه، ألا ترىٰ أنه عليه الصلاة والسلام عند بيان حكم الربا ذكر الأثمان وأنفس كل مطعومٍ لمَّا تعذَّر بيان كل مطعوم، فالبُرُّ أفضل طعام بني آدم، والشعير أنفس علف الدواب، والتمر أنفس الفواكه، والملح أنفس التوابل، ليشعر بأنَّ العلة هي الطعم، ولو كان القدر علةً لكان ذكر هذه الأشياء تكرارًا محضًا، إذ صفة القدر لا يختلف في هذه الأربعة، ولهذا قال مالك رحمه الله تعالىٰ: إنَّ العلة الاقتيات والادخار، لأنه خصَّ بالذكر كل مقتات ومدخر.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ أَوْجَبَ المُمَاثَلَةَ، أي الشارع أوجب المماثلة شرطًا في البيع، وهو المقصود بسوق الحديث، لأنَّ معناه: بيعوا هذه الأشياء مثلًا بمثلٍ، والباء للإلصاق فدلَّ علىٰ إضمار فعلٍ وذا: بيعوا، لقوله عليه الصلاة والسلام بعده: «فإذا اختلف هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» فذكره عند الاختلاف دليلٌ علىٰ أنه المضمر عند الاتفاق، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواءً بسواءٍ» إذ النهي عن الشيء أمرٌ بضدِّه، وقوله «مثلًا بمثلٍ» حالٌ لِما سَبَق والأحوال شروطٌ، كإن دخلتِ الدار راكبةً، والأمر للإيجاب والبيع مباحٌ فصرف الأمر إلى الحال التي هي شرطٌ أي بيعوا بوصف المماثلة، وقد يتعلَّق المباح بشرطٍ يجب رعايته كالإشهاد في النكاح.

قوله: تَحْقِيقًا لِمَعْنَى البَيْعِ، إِذْ هُوَ يُنْبِئُ عَنِ التَّقَابُلِ، لأنَّ البيع مبادلة المال بالمال، وذا بالتَّماثل في متحد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوضَ مماثله، إذ لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقَّق معنى التقابل فلا تتحقَّق المعاوضة

أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَىٰ، أَوْ تَتْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ التَّسْلِيمِ

بل يكون استحقاقًا لذلك القدر بلا عوضٍ، وقضية المعاوضة خلافه.

قوله: أَوْ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ التَّوَىٰ، إذ شرط الفضل متوٍ للمال لأنه يستحقه بلا منةٍ وعوضٍ، والبيع شرع لتحصيله لا لإتوائه فيكون شرطًا غير ملائمٍ للبيع فيبطل.

قوله: أَوْ تَتْمِيمًا لِلْفَائِدَةِ، أي لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع، فإنَّ فائدة البيع حصول الملك في المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتمامه بملك التصرف، وذلك باتصال التسليم بالعقد، وذلك في وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضًا، وبالقبض يتمُّ الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تتميمًا للفائدة، وفي الكافي للعلامة النسفي: وتتميمًا لفائدة التبايع بوجود التقابض، إذ شرط الفضل سببٌ للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف، إذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط، والآخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان في التنازع وهو فسادٌ، وما يفضي إلى الفساد فهو فاسدٌ، نعم قد رضيَ به لكن رُبَّما يندم لأنَّ طبعه لا ينقاد ظاهرًا لكونه مجبولًا على حبِّ المال، والمغبون غير مأجورٌ ومحمودٌ فرُبَّما يتنازعان عند التسليم والتسلم، وفي النهاية للعلامة السغناقي رحمه الله تعالىٰ: أو تتميمًا للفائدة باتصال التسليم بالتماثل، يعني في الذهب والفضة اشتِراط التماثل بالقبض فإنَّهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج إلى القبض لتحقيق المماثلة فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل، أي بعد كون كل واحد منهما مثلًا للآخر يجب أن يتصل التسليم بالتماثل حتى تتمُّ فائدة العقد، ويحتمل أن يكون معناه عامًّا في الأموال كلها، أي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلًا للآخر لا يتمُّ الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنْقَص يكون نفعًا في حقِّ أحد المتعاقدين ضررًا في حقِّ الآخر، وإذا كان مثلًا للآخر يكون نفعًا في حقِّهما فتكون الفائدة وهي ثبوت الملك أتمَّ بعد القبض لأنه يكون نفعًا في حقِّهما جميعًا، بخلاف ما إذا

بِهِ، ثُمَّ يَلْزَمُ عِنْدَ فَوْتِهِ حُرْمَةُ الرِّبَا وَالْمُمَاثَلَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَىٰ، وَالْمِعْيَارُ يَسْوَى الذَّاتَ، وَالْجِنْسِيَّةُ تَسْوَى الْمَعْنَىٰ فَيَظْهَرُ الفَضْلُ عَلَىٰ ذٰلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا، لِأَنَّ الرِّبَا هُوَ الفَضْلُ الْمُسْتَحَقُّ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمُعَاوَضَةِ الخَالِي عَنْ عِوَضٍ شَرْطٍ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ الوَصْفُ لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عُرْفًا، أَوْ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ، أَوْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ»

كان أحدهما أنقص من الآخر.

قوله: ثُمَّ يَلْزَمُ عِنْدَ فَوْتِهِ، أي فوت الشرط وهي المماثلة التي هي شرط الجواز، حرمة الربا، لقوله عليه الصلاة والسلام: «والفضل ربا»، والفضل اسم لكل زيادةٍ والربا اسم لزيادة هيَ حرامٌ، وإذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناءً عليه فيعلَّل بعلةٍ تؤثر في إيجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والثمنية، لأنَّ وجوب المماثلة لا يكون إلا في محلٍّ قابل لها.

قوله: وَالْمُمَاثَلَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بِاعْتِبَارِ الصُّورَةِ وَالْمَعْنَىٰ، لأنَّ كل محدث موجود بصورته ومعناه فإنَّما يقوم المماثلة بِهما فالقدر عبارةٌ عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورةً، والجنس عبارةٌ عن التَّشاكل في المعانِي فيثبت به المماثلة معنًى، ولا عبرة للوصف لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديئها سواءٌ»، وللإجماع فإنَّ بيع قفيز جيد بقفيز رديء وفلس لا يجوز، ولأنَّ ما لا ينتفع به إلا بِهلاكه فمنفعته في ذاته فيهدر الوصف، إذ المقصود هيَ المنفعة وهيَ في الذات، بخلاف ما ينتفع به بغير إهلاكه لأنَّ انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف، ولأنَّ الناس لا يعدُّون التفاوت فيه معتبرًا لقلته، ولأنَّ في اعتباره سدُّ باب البيع وهو مفتوحٌ، فما يؤدِّي إلى انسداده فهو مردودٌ.

وَالطَّعْمُ وَالثَّمَنِيَّةُ مِنْ أَعْظَمِ وُجُوهِ المَنَافِعِ، وَالسَّبِيلُ فِي مِثْلِهَا الإِطْلَاقُ بِأَبْلَغِ الوُجُوهِ لِشِدَّةِ الِاحْتِيَاجِ إِلَيْهَا دُونَ التَّضْيِيقِ فِيهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا ذَكَرَهُ، إِذَا ثَبَتَ هٰذَا نَقُولُ إِذًا: بَيْعُ المَكِيلِ أَوِ المَوْزُونِ بِجِنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلٍ جَازَ البَيْعُ فِيهِ لِوُجُوبِ شَرْطِ الجَوَازِ، وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي المِعْيَارِ؛

قوله: وَالطَّعْمُ وَالثَّمَنِيَّةُ مِنْ أَعْظَمِ وُجُوهِ المَنَافِعِ، وَالسَّبِيلُ فِي مِثْلِهَا الإِطْلَاقُ، والإباحة بأبلغ الوجوه لشدَّة الحاجة إليها دون التضييق كالهواء والماء والنار، إذ الحاجة تؤثِّر في الإباحة كالميتة تحلُّ عند الحاجة، وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الأموال، فتعليل الحرمة بما له أثرٌ في الإطلاق لا في الحرمة فاسدٌ، لإفضائه إلىٰ فساد الوضع، وسياق النصِّ دليلنا، لأنه ذكر الأشياء الستة وعطف بعضها علىٰ بعض وذكر للكل حكمًا واحدًا فلا بُدَّ أن تكون علة الحكم متحدةً، إذ الحكم المشتَرك لا بُدَّ له من علة مشتَركة وذا فيما ذكرنا لا فيما ذكره، فإن قيل: ما تعني بقولكَ العلة القدر مع الجنس؟ إن عنيتَ به أنه علة الربا فهو ظاهر الفساد، لأنَّ بيع المكيل والموزون بجنسه متماثلًا يصحُّ مع وجود العلة، وإن عنيتَ به أنه علة وجوب المساواة فليسَ فيما ثبتَ إشارةٌ إليه؟ قلنا: هما علة وجوبَ المساواة وحرمة الفضل وقد أشرتُ إلىٰ ذلك لأنِّي بينت أنَّ الحديث أوْجَب المساواة، وإنَّما يتصوَّر وجوبُها في محلٍّ يقبلها وذا إنَّما يحصل بالقدر والجنس، وباعتبار كونه قابلًا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لفوات حكم الأمر، وما يوجب أحد الضدين يقتضي نفي الضد الآخر إذا كان مفوتًا له، كالأمر بالإمساك في رمضان يقتضي حرمة الأكل والشرب والوقاع، لأنَّ الضد مفوت للمأمور به فثبت أنَّ القدرَ والجنسَ علة وجوب المساواة وحرمة الفضل، ومعنىٰ قولنا علة الربا القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتِها الربا، أو علة كون المال ربويًّا،

أَلَا تَـرَىٰ إِلَىٰ مَا يُرْوَىٰ مَكَانَ قَوْلِهِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ كَيْلًا بِكَيْلٍ، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ (وَإِنْ تَفَاضَلَا لَمْ يَجُزْ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ) لِإِهْدَارِ التَّفَاوُتِ فِي الوَصْفِ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحَفْنَةِ بِالْحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَّاحَةِ بِالتُّفَّاحَتَيْنِ) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ بِالْمِعْيَارِ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الفَضْلُ، وَلِهٰذَا كَانَ مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ عِنْدَ الإِتْلَافِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - العِلَّةُ هِيَ الطَّعْمُ وَلَا مَخْلَصَ وَهُوَ المُسَاوَاةُ فَيَحْرُمُ، وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الحَفْنَةِ لِأَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَوْ تَبَايَعَا مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالْجَصِّ وَالْحَدِيدِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لِوُجُودِ القَدْرِ وَالْجِنْسِ، وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا عُدِمَ الوَصْفَانِ الجِنْسُ وَالْمَعْنَى المَضْمُومُ إِلَيْهِ حَلَّ

أو علة حرمة الفضل، وإذا ثبت أنَّ العلة القدر والجنس تعدَّىٰ إلىٰ سائر المقدرات سواءٌ كان مطعومًا أو لا.

قوله: وَمَا دُونَ نِصْفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكْمِ الحَفْنَةِ، هذا إذا كان كلُّ واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع، وأمَّا إذا كان أحد البدلين لا يبلغ حدَّ نصف الصاع والآخر يبلغ حدَّ نصف الصاع أو أكثر فبيع أحدهما بالآخر لا يجوز، نصَّ علىٰ هذا في المبسوط وقال: لو باع حفنةً بقفيزٍ لا يجوز.

قوله: وَالْمَعْنَى المَضْمُومُ إِلَيْهِ، أي الكيل أو الوزن.

التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ) لِعَدَمِ العِلَّةِ المُحَرِّمَةِ وَالْأَصْلُ فِيهِ الإِبَاحَةُ، وَإِذَا وُجِدَا حَرُمَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ لِوُجُودِ العِلَّةِ، وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ مِثْلَ أَنْ يُسَلِّمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحُرْمَةُ رِبَا الفَضْلِ بِالْوَصْفَيْنِ وَحُرْمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ لِأَنَّ بِالنَّقْدِيَّةِ وَعَدَمِهَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا شُبْهَةُ الفَضْلِ، وَحَقِيقَةُ الفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ فِيهِ

قوله: لِعَدَمِ العِلَّةِ، أي حلُّ التفاضل لدليل الحل، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وعدم علة الحرمة لا أن يثبت حلُّ التفاضل لعدم علة الحرمة، لأنَّ العدم لا يثبت شيئًا لأنه ليسَ بثابتٍ في نفسه.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، وهذا راجعٌ إلىٰ أصل وهو أنَّ الجنس عندنا أحدُ وصفي العلة لتحريم الربا في النقد فيكون علةً لتحريم ربا النساء، وعند الخصم الجنسية شرطٌ والشرط لا أثرَ له في إثبات الحكم.

قوله: وَحَقِيقَةُ الفَضْلِ غَيْرُ مَانِعٍ فِيهِ، حتَّىٰ يجوز بيع ثوب هرويٍّ بثوبين هرويين فأوْلىٰ أن لا يمنع شبهته، ولنا أنه مال الربا من وجهٍ نظرًا إلىٰ أحد الوصفين لوجود المسوِّي بينهما من وجهٍ، إمَّا ذاتًا بالقدر، أو معنًى بالجنس، النقد خير من النسيئة فيتحقَّق شبهة الربا وهيَ كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفةً لاحتمال الربا، وهذا لأنَّ كل حكم تعلَّق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بِهما فلكلٍّ واحد منهما شبهة العلية، فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته، ألا ترىٰ أنه لو أسْلَم قفيز بُرٍّ في قفيز شعيرٍ لا يصحُّ إجماعًا، ولا يقال: أنه بعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم، لأنه علة تامة لحرمة النساء وإن كان بعض العلة لحرمة ربا الفضل، وكذلك إسلام المكيلات في المكيلات

حَتَّىٰ يَجُوزَ بَيْعُ الوَاحِدِ بِالِاثْنَيْنِ فَالشُّبْهَةُ أَوْلَىٰ، وَلَنَا أَنَّهُ مَالُ الرِّبَا مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى القَدْرِ أَوِ الجِنْسِ وَالنَّقْدِيَّةُ أَوْجَبَتْ فَضْلًا فِي المَالِيَّةِ فَتَتَحَقَّقَ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالْحَقِيقَةِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعْفَرَانِ وَنَحْوِهِ يَجُوزُ، وَإِنْ جَمَعَهُمَا الوَزْنُ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الوَزْنِ، فَإِنَّ الزَّعْفَرَانَ يُوزَنُ بِالْأَمْنَاءِ وَهُوَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنْجَاتِ وَهُوَ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَلَوْ بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً وَقَبَضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الوَزْنِ، وَفِي الزَّعْفَرَانِ وَأَشْبَاهِهِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةً وَمَعْنًى وَحُكْمًا

والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص وما أشبَه ذلك يجوز عنده، وعندنا لا، والشافعي رحمه الله تعالىٰ ينكر حرمة النَّساء فإنه يقول: التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم شرطُ جواز العقد فينعدم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نَساءً، وهذا خرقٌ لإجماع الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم فإنَّهم اتفقوا على حرمة النَّساء، كذا في الإيضاح.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعْفَرَانِ، استثناءٌ من قوله: وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ.

قوله: وَنَحْوِهِ، كسائر الموزونات.

قوله: فَإِذَا اخْتَلَفَا فِيهِ صُورَةً، أي في صورة الوزن، فإنَّ الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالسنجات، وَمَعْنًى، فإنَّ الزعفران مثمَّن متعين والنقود ثمن لا يتعيَّن، وَحُكْمًا، فإنَّ التصرف في النقود قبل الوزن يصحُّ، وفي الزعفران وأشباهه إذا باعه موازنةً لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن.

لَمْ يَجْمَعْهُمَا القَدْرُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَىٰ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ.

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَىٰ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيْلًا فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الكَيْلَ فِيهِ مِثْلَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالْمِلْحِ، وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَىٰ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزْنًا فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الوَزْنَ فِيهِ مِثْلُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) لِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَىٰ مِنَ العُرْفِ وَالْأَقْوَىٰ لَا يُتْرَكُ بِالْأَدْنَىٰ (وَمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَىٰ عَادَاتِ النَّاسِ) ..............

قوله: لَمْ يَجْمَعْهُمَا القَدْرُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيهِ إِلَىٰ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وهذا لأنَّهما إذا اتَّفقا في الوزن من كلِّ وجهٍ، كما لو أسْلم الحديد في القطن حرُم النساء لشبهة الربا، فإذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة إلىٰ شبهة الشبهة فلا تعتبر، وفي الذخيرة: وربا النساء يحرم بأحد وصفي علة الربا وهو الجنس أو الوزن أو الكيل مثمنين أو ثمنين، حتى أنه إذا أسْلَم قفيز حنطةٍ في قفيز شعيرٍ لا يجوز لوجود الكيل في مثمنين، وكذا إذا أسْلَم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين، وإذا أسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثمنين، وإذا أسلم الدَّراهم في الزعفران يجوز لأنه لم يوجد الوزن في مثمنين أو ثمنين، إنَّما وجد في ثمن ومثمن.

قوله: لِأَنَّ النَّصَّ أَقْوَىٰ مِنَ العُرْفِ، لأنَّ العرف يحتمل أن يكون على الباطل، وأمَّا النصُّ بعد ثبوته فلا يحتمل أن يكون على الباطل، ولأنَّ العرف حجةٌ على الذين تعارفوا به وليس بحجةٍ علىٰ من لم يتعارفوا به، وأمَّا النصُّ فحجةٌ على الكلِّ.

لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ العُرْفُ عَلَىٰ خِلَافِ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّ النَّصَّ عَلَىٰ ذٰلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ فَكَانَتْ هِيَ المَنْظُورُ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، فَعَلَىٰ هٰذَا لَوْ بَاعَ الحِنْطَةَ بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزْنًا، أَوِ الذَّهَبَ بِجِنْسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا، وَإِنْ تَعَارَفُوا ذٰلِكَ لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ عَلَىٰ مَا هُوَ المِعْيَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسْلَامُ فِي الحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا وَزْنًا لِوُجُودِ الإِسْلَامِ فِي مَعْلُومٍ.

قوله: لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ، أي العادةُ يرجع إليها لأنَّها مبنية علىٰ عقولهم والعقلُ حجَّةٌ من حُجَجِ الله تعالىٰ كالنصِّ، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسنٌ».

قوله: لِأَنَّ النَّصَّ عَلَىٰ ذٰلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ، أي لأنَّ النصَّ بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت إنَّما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هيَ المنظور إليها.

قوله: وَقَدْ تَبَدَّلَتْ، والجواب عنه أنَّ تقرير رسول الله عليه الصلاة والسلام إيَّاهم علىٰ ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النصِّ منه فلا يتغيَّر بالعرف لأنه لا يعارض النصَّ.

قوله: لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ عَلَىٰ مَا هُوَ المِعْيَارُ فِيهِ، وهو الكيلُ في الحنطة والوزن في الذهب لأنَّ شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسْلَامُ فِي الحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا وَزْنًا، وهو رواية الطحاويِّ عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ لأنَّ المماثلة لا تشترَط في المسلم فيه وإنَّما يعتبر الإعلام علىٰ وجهٍ لا يبقىٰ بينهما نزاعٌ في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل، وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ أنه لا يجوز لأنه مكيلٌ بالنصِّ والفتوىٰ

قَالَ: (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِيٌّ) مَعْنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالْأَوَاقِي لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الوَزْنِ حَتَّىٰ يُحْتَسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزْنًا، بِخِلَافِ سَائِرِ المَكَايِيلِ، وَإِذَا كَانَ مَوْزُونًا فَلَوْ بِيعَ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ فِي الوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ المُجَازَفَةِ.

قَالَ: (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَىٰ جِنْسِ الأَثْمَانِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عِوَضَيْهِ

على الأوَّل لعادة الناس.

قوله: وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الرَّطْلِ فَهُوَ وَزْنِيٌّ، الرِّطل بالكسر والفتح لغةٌ نصفُ منٍّ، وعن الأصمعي: هو الذي يُوزن به أو يُكال به، وقال أبو عُبيدة: وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهمًا وزن سبعة، معناه ما يُباع بالأواقي كالأدهان ونحوها، والأوقية بالتشديد أربعون درهمًا وهي من أفعولة من الوقاية لأنَّها تقي صاحبها من الضَّرر، وقيل: فعلية من الأوق وهو النقل، والجمع الأواقي بالتشديد والتخفيف، وعند الأطباء: الأوقية وزنُ عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم وهو أستار وثلثا أستار، وفي كتاب العين: الوقية وزنٌ من أوزان الدهن وهيَ سبعة مثاقيل، وفي شرح السنة في عدَّة أحاديث وقية ثمَّ تحرَّف إلى أوقية، قال الأزهري: واللغة الجيِّدة أوقية، كذا في المغرب، ثمَّ قال: وكأنَّهم جعلوا الخاص عامًّا في مكائيل الدُّهن فقيل: أوقية عشرية وأوقية ربعية وأوقية نصفية، ومنها قوله في فتاوىٰ أبي الليث رحمه الله تعالىٰ: ما يجمع الدهان من دهنٍ يقطر من الأوقية هل يطيب له أم لا؟ وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ما رأينا قاضيًا يكيل البولَ في الأواقي.

قوله: لِأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الوَزْنِ، لأنه يشقُّ وزن الدهن بالأمناء لأنه لا يمسك إلا في وعاءٍ، وفي وزن كل وعاءٍ حرج فاتخذت الأواقي لذلك تيسيرًا، بخلاف سائر المكائيل.

قوله: وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلَىٰ جِنْسِ الأَثْمَانِ، أي في الطرفين، هذا تعريفه،

فِي المَجْلِسِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ هَاءَ وَهَاءَ» مَعْنَاهُ يَدًا بِيَدٍ، وَسَنُبَيِّنُ الفِقْهَ فِي الصَّرْفِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّعْيِينُ وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ) لَهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ» وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي المَجْلِسِ فَيَتَعَاقَبُ القَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَزِيَّةٌ فَتَثْبُتُ شُبْهَةُ الرِّبَا، وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ القَبْضُ كَالثَّوْبِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الفَائِدَةَ المَطْلُوبَةَ إِنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَيَتَرَتَّبُ ذٰلِكَ عَلَى التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِأَنَّ

وقوله: يعتبر فيه قبض عوضيه، هذا حكمه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الفضَّة بالفضَّة هاءً وهاءً» بوزن هاعٍ أي خذ، أي بيع الفضة بالفضة يقال فيه: هاءً وهاءً، أي يقولُ كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاءً فيتقابضان.

قوله: وَمَا سِوَاهُ، أي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الأموال الربوية.

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ، وذكر لفظ الطعام مطلقًا يتناولُ كل مطعومٍ سواءٌ اختلف الجنس أو اتحد، بأن باعَ كر حنطةٍ بكرٍّ حنطة أو بكرٍّ شعيرٍ أو تمرٍ وافترَقا من غير قبضٍ فإنه يجوز العقد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ لا يجوز، لَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ: «يَدًا بِيَدٍ»، أي قبضًا بقبضٍ، وإنَّما كنىٰ باليد عن القبض لأنَّ اليد آلة القبض، وَلَنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ القَبْضُ كَالثَّوْبِ، أي كما لو باع ثوبًا بثوبٍ أو بثوبين وافترقا لا عن قبض، فإن قيل: إذا باع إناء فضةٍ بإناء فضةٍ أو بإناء ذهبٍ يشترط فيهما التقابض مع أنَّ إناء الفضة أو الذهب ممَّا

القَبْضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَدًا بِيَدٍ» عَيْنًا بِعَيْنٍ، وَكَذَا رَوَاهُ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَتَعَاقُبُ القَبْضِ لَا يُعْتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي المَالِ عُرْفًا، بِخِلَافِ النَّقْدِ وَالْمُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ البَيْضَةِ بِالْبَيْضَتَيْنِ وَالتَّمْرَةِ بِالتَّمْرَتَيْنِ وَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ) لِانْعِدَامِ المِعْيَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِوُجُودِ الطَّعْمِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

يتعيَّن بالتعيين، قلنا: إنَّ الذهب والفضة خُلقا ثمنين والتعين بالصنعة عارضٌ فبقي شبهة عدم التعين نظرًا إلى الأصل فيشتَرط القبض اعتبارًا للشبهة في الربا، بخلاف الطعام فإنه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين.

قوله: وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَدًا بِيَدٍ» عَيْنًا بِعَيْنٍ، إذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض فلِمَ كان حمله على القبض أَوْلَىٰ بل حمله على هذا أحقُّ لِمَا روىٰ عُبادة بن الصامت عينًا بعينٍ، فإن قيل: بعينِ هذا اللفظ أريد القبض في الصرف حتَّىٰ لو افتَرقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز أن يراد به التعيين في بيع الطعام؟ قلنا: بل أريد التعين فيهما، إلا أنَّ التعين في الصرف لا يكون إلا بالقبض فاشتِراط القبض للتعيين لا لعينه لم يختلف المراد.

قوله: وَتَعَاقُبُ القَبْضِ لَا يُعْتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي المَالِ عُرْفًا، جوابٌ عن قول الخصم، ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض يعني أنَّ التجار لا يفصلون في المالية من المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالًا بخلاف الحال والمؤجل، وإذا لم يتمكَّن فضلٌ خال عن المقابلة كان العقد جائزًا، كما في بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الفَلْسِ بِالْفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِ الكُلِّ فَلَا تَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَقِيَتْ أَثْمَانًا لَا تَتَعَيَّنُ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَكَبَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ، وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلَاحِهِمَا إِذْ لَا وِلَايَةَ لِلْغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَطَلَتِ الثَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَلَا يَعُودُ وَزْنِيًّا لِبَقَاءِ الِاصْطِلَاحِ عَلَى العَدِّ إِذْ فِي نَقْضِهِ فِي حَقِّ العَدِّ فَسَادُ العَقْدِ فَصَارَ كَالْجَوْزَةِ بِالْجَوْزَتَيْنِ، بِخِلَافِ النُّقُودِ لِأَنَّهَا لِلثَّمَنِيَّةِ خِلْقَةٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا لِأَنَّهُ كَالِئٌ بِالْكَالِئِ وَقَدْ نُهِيَ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ لِأَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قوله: وَلَا يَعُودُ وَزْنِيًّا لِبَقَاءِ الِاصْطِلَاحِ عَلَى العَدِّ، جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: إذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمنًا فيعود وزنيًا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر، وذلك لا يجوز فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، فقال: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد، وهما في هذه المبايعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرضا عن اعتبار صفة العدِّ، وليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمنًا في حقِّهما خروجها من أن يكون عدديةً كالجوز والبيض فهو عدديٌّ وليسَ بثمنٍ، فهذا باتفاقهما يصير بِهذه الصفة، الكالئ: من كلاء الدين تأخَّر كلاءً فهو كالئٌ، ومعنى الكالئ بالكالئ النسيئة بالنسيئةِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ) لِأَنَّ المُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الحِنْطَةِ وَالْمِعْيَارُ فِيهِمَا الكَيْلُ، لٰكِنَّ الكَيْلَ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الحِنْطَةِ لِاكْتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلْخُلِ حَبَّاتِ الحِنْطَةِ فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلًا بِكَيْلٍ.

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ، أي لا متساويًا ولا متفاضلًا بالكيل ولا بغيره.

قوله: لِأَنَّ المُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَجْزَاءِ الحِنْطَةِ، لأنَّ بالطحن لم يوجد إلا تفرُّق الأجزاء والشيء بالتفرق لا يصير شيئًا آخر فكانت المجانسة باقيةً من هذا الوجه، ومن حيث إنَّ اختلاف المجانسة بين الشيئين إنَّما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقَّق ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتةً قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا تزول تلك الحرمة بالشكِّ فاشتَرط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد، لأنَّ الكيل لا يسوي بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل حبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع أصلًا لشبهة الفضل، فإن قيل: الحرمة في الربا حرمةٌ مؤقتةٌ إلىٰ غاية وجود المساواة فلو لم تثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقةً لا تنتهي أبدًا فحينئذٍ كان علىٰ خلاف ما اقتضاه النص في الأصل، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تبيعوا البُرَّ بالبُرِّ إلا متساويًا» وهذا فرعُ ذلك فيجب أن يكون علىٰ وفاق الأصل، وإلا يلزم أن يكون مثل ظهار الذميِّ وذلك لا يجوز لهذا المعنىٰ على ما عُرف، قلنا: الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل فإنَّ تلك الحرمة تنتهي بالمساواة، وأمَّا الحرمة الثابتة بشبهة الفضل فغير مؤقتةٌ، ألا ترىٰ أنَّ حرمة النَّساء حرمةٌ لشبهة الفضل لا تنتهي إلىٰ غايةٍ ولا تنتهي بالمسوَّىٰ بل تبقىٰ إلىٰ أن يبقى النَّساء، فكذلك ههنا يبقىٰ حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلًا) لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ (وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - مُتَفَاضِلًا، وَلَا مُتَسَاوِيًا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالْمَقْلِيَّةِ وَلَا بَيْعُ السَّوِيقِ بِالْحِنْطَةِ، فَكَذَا بَيْعُ أَجْزَائِهِمَا لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ لا يجوز، لأنه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل إذ هو ينكبسُ، ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عنده، وكذا بيع الرطب بالرطب عنده، قلنا المجانسة بينهما قائمةٌ من كل وجهٍ والاتفاق في القدر ثابتٌ فبيان المجانسة ظاهرٌ، وأمَّا بيان الاتفاق في القدر أنَّ الدقيق كيليٌّ فإنَّ الناس اعتادوا بيعه كيلًا، ولهذا جاز السلم كيلًا، ويجوز بيعه في الذمة كيلًا، وكذا يجوز استقراضه كيلًا، وحُكِي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالىٰ أنَّ بيع الدقيق بالدقيق إذا تساويا كيلًا إنَّما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في الذخيرة.

قوله: وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - إلىٰ قوله - لِقِيَامِ الْمُجَانَسَةِ مِنْ وَجْهٍ، إذ السويقُ أجزاء حنطةٍ مقليةٍ والدقيقُ أجزاء حنطةٍ غير مقليةٍ وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصحُّ بحالٍ، فكذا بيع الدقيق بالسويق، ولهذا لا يجوز بيع المقليَّة بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع أجزائهما بل هذا أحقُّ لتوفر المجانسة هنا، وعندهما يجوز لأنَّهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود إذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والأطرية ونحوها ولا يحصل شيءٌ من ذلك بالسويق، وإنَّما يلت بالسمن أو بالعسل فيؤكل كذلك أو يشرب بالماء، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه يجوز البيع متساويًا لا متفاضلًا لأنَّ الدقيق قد يصير سويقًا بأن يريق عليه الماء ثمَّ يغلىٰ فيصير سويقًا ببغداد يتخذ السويق بِهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل.

جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ المَقْصُودِ، قُلْنَا: مُعْظَمُ المَقْصُودِ وَهُوَ التَّغَذِّي يَشْمَلُهُمَا فَلَا يُبَالَىٰ بِفَوَاتِ البَعْضِ كَالْمَقْلِيَّةِ مَعَ غَيْرِ المَقْلِيَّةِ وَالْعَلِكَةُ بِالْمُسَوِّسَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا بَاعَهُ بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحْمُ المُفْرَزُ

قوله: قُلْنَا: مُعْظَمُ المَقْصُودِ وَهُوَ التَّغَذِّي يَشْمَلُهُمَا فَلَا يُبَالَىٰ بِفَوَاتِ البَعْضِ كَالْمَقْلِيَّةِ مَعَ غَيْرِ المَقْلِيَّةِ وَالْعَلِكَةُ بِالْمُسَوِّسَةِ، فلا يصلح للزراعة والهريسة وذا لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدَّقيق مع السويق إلا أنَّ بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصحُّ في الأصحِّ لعدم المسوي بينهما فإنَّ المقلية لا تعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخٍ يحدث فيها بالغلي إذا قليت رطبةً، أو ضمورٌ إذا قليت يابسةً، وهذا التفاوت معتبَر لأنه بصنع العباد، بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لأنه بآفةٍ سماويةٍ لا يمكن التحرز عنه، وبيع العلكة بالمسوسة يصحُّ لوجود المسوي بينهما، حنطة علكة أي تتلزج كالعلك من جودتِها وصلابتها، التلزج التمدُّد من غير انقطاع، المسوِّسة بكسر الواو المشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودةٌ تقع في الصوف والثياب والطعام، وفي الذخيرة: وأمَّا بيع المقلية بالمقلية فيجوز إذا تساويا كيلًا لأنَّ المجانسة بينهما قائمةٌ من كل وجهٍ، وذكر في المبسوط أنه لا يجوز، كذا في النهاية.

قوله: بِلَحْمٍ مِنْ جِنْسِهِ، بأن باعَ لحم الشاة بالشاة الحيَّة، وإنَّما قيَّد بلحمٍ من جنسه لأنَّهما لو كانا مختلفين بأن باعَ لحم البقر بالشاة وما أشْبَهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلَّة والكثرة، كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجيء، هذا إذا كانت الشاة حيةً، أمَّا إذا كانت مذبوحةً غير مسلوخةً لا يجوز إلَّا على سبيل الاعتبار بالاتفاق، وإن كانت

أَكْثَرَ لِيَكُونَ اللَّحْمُ بِمُقَابَلَةِ مَا فِيهِ مِنَ اللَّحْمِ وَالْبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقْطِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذٰلِكَ يَتَحَقَّقُ الرِّبَا مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقْطِ أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ فَصَارَ كَالْخَلِّ بِالسِّمْسِمِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ بَاعَ المَوْزُونَ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ، لِأَنَّ الحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ ثِقَلِهِ بِالْوَزْنِ لِأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً بِصَلَابَتِهِ وَيَثْقُلُ أُخْرَىٰ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ لِأَنَّ الوَزْنَ فِي الحَالِ يُعَرِّفُ قَدْرَ الدُّهْنِ إِذَا مَيَّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ.

مسلوخةً مفصولةً عن السقط جاز إذا تساويا وزنًا، وإلا فلَا، وسقط المتاع رُذاله وأرادَ به هنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والأمعاء والطِّحال.

قوله: مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقْطِ، بأن قوبل اللحمَ باللحم، أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللَّحْمِ، بأن قوبل اللحمَ بالسقط.

قوله: فَصَارَ كَالْخَلِّ بِالسِّمْسِمِ، أي كبيع دهن السِّمسم بالسِّمسم فإنه لا يصحُّ إلا بطريق الاعتبار بل أوْلىٰ لأنَّ اللحم في الشاة أبْيَن من الدُّهن في السمسم لأنه قائمٌ بعينه ولكنه مختلطٌ بغيره من الجلد والشحم والدُّهن ليس بقائم وإنَّما يحدث بالعصر، فلمَّا ثبت الربا بين الدهن والسمسم لَأن يثبت هنا أوْلَىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً بِصَلَابَتِهِ وَيَثْقُلُ أُخْرَىٰ، لاستِرخاء مفاصله، والميِّت لاستِرخاء مفاصله أثْقَل من الحيِّ، والنساء لاستِرخائهنَّ أثْقَلُ من الرجال لصلابتهم.

قوله: بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ، أي بيع الخلِّ بالسمسم، لِأَنَّ الوَزْنَ فِي الحَالِ يُعَرِّفُ قَدْرَ الدُّهْنِ إِذَا مَيَّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ، فيكون حينئذٍ بيع الموزون بموزونٍ من جنسه فلا يجوز إلا مع التساوي، وذلك مجهولٌ، والنهيُ عن بيع اللَّحم بالحيوان فيما إذا كان أحدهما نسيئةً، كما ذكر مقيَّدًا به في روايةٍ، وبه نقولُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: لَا يَجُوزُ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حِينَ سَأَلَ عَنْهُ أَوَ يَنْقُصُ إِذَا جَفَّ؟ فَقِيلَ نَعَمْ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: لَا إِذًا» وَلَهُ أَنَّ الرُّطَبَ تَمْرٌ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حِينَ أُهْدِيَ إِلَيْهِ رُطَبٌ، أَوَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هٰكَذَا؟» سَمَّاهُ تَمْرًا. وَبَيْعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّـهُ لَوْ كَانَ تَمْرًا جَازَ الْبَيْعُ بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ تَمْرٍ

قوله: لَا إِذًا، أي لا يجوز إذا كان ينقص عند الجفوف، وهذا إشارةٌ إلىٰ أنه يشتَرط لجواز العقد المماثلة في أعْدَل الأحوال وهو ما بعد الجفوف، ولا يُعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في أعْدَل الأحوال صحيحٌ، كما في بيع الحنطة بالدَّقيق فإنه لا يجوز لتفاوتٍ بينهما بعد الطحن.

قوله: وَلِأَنَّـهُ لَوْ كَانَ تَمْرًا، إلىٰ آخره، فإن قيل: فبالنظر إلىٰ هذا التَّرديد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، لأنَّ المقلية لا تخلو إمَّا إن كانت حنطةً أو لم تكن، فإن كانت حنطةً يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة»، وإن لم تكن حنطةً يجوز أيضًا لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»، قلنا: هذا جوابٌ جدليٌّ لأجل دفع الخصم، أمَّا الجوابُ لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ عن قوله: أَوَيَنقصُ إذا جف، فإطلاق النبي عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب.

وذكر في المبسوط: ودَخَل أبوحنيفة رحمه الله تعالىٰ بغداد فسُئِل عن هذه المسئلة وكانوا شديدًا عليه لمخالفة الخبر فقال: الرطب لا يخلو إمَّا أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرًا جاز العقد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «التمر بالتمر»، وإن لم يكن

فَبِآخِرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ وَمَدَارُ مَا رَوَيَاهُ عَلَىٰ زَيْدِ بْنِ عَيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِنْدَ النَّقَلَةِ. قَالَ: (وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ) يَعْنِي عَلَىٰ الخِلَافِ وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعْتِبَارًا بِالْحِنْطَةِ المَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ المَقْلِيَّةِ،

تمرًا جاز العقد أيضًا لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دائرٌ على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممَّن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله تعالىٰ: كيف يُقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يعرف الحديث؟ وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه، وهذا الكلام حسنٌ في المناظرة لدفع شغب الخصم، ولكنَّ الحجة لا تتمُّ بِهذا، لجواز أن يكون ههنا قسمٌ ثالثٌ كما في المقلية بغير المقلية، ولكن الحجة لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «التمر بالتمر مثلٌ بمثلٍ»، والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتَها إلىٰ أن تدرك، وما يتَردَّد عليه من الأوصاف باعتبار الأحوال لا يوجب تبدُّل اسم العين كالآدميِّ يكون صبيًّا ثمَّ شابًا ثمَّ كهلًا ثمَّ شيخًا، وإذا ثبتَ أنَّ الكل تمرٌ يُراعىٰ وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد، فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغي أن يحنث فيما إذا حلف لا يأكل رطبًا فأكل تمرًا؟ قلنا: مبنى الأيمان على العرف وفي العرف الرطب غير التمر، وتأويل الحديث إن صحَّ أنَّ السائل كان وصيًّا ليتيمٍ فلم يَرَ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في ذلك التصرف منفعةً لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصيَّ منه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد، كذا في المبسوط، ولأنَّ الصحيح أنه سُئِل عن بيع الرطب بالتمر نَساءً، كذا روىٰ أبو داوٗد في سننه وبه نقولُ.

قوله: وَقِيلَ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، والفرقُ لأبي حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ بين بيع التمر

وَالرُّطَبُ بِالرُّطَبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيْلًا عِنْدَنَا لِأَنَّهُ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ، وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ الرَّطْبَةِ أَوِ المَبْلُولَةِ بِمِثْلِهَا أَوْ بِالْيَابِسَةِ، أَوِ التَّمْرُ أَوِ الزَّبِيبُ المُنْقَعُ بِالْمُنْقَعِ مِنْهُمَا مُتَمَاثِلًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ المُسَاوَاةُ فِي أَعْدَلِ الأَحْوَالِ وَهُوَ المَالُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَعْتَبِرُهُ فِي الحَالِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هٰذَا الأَصْلَ فِي بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ لَهُمَا. وَوَجْهُ الفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - بَيْنَ هٰذِهِ الفُصُولِ وَبَيْنَ

بالرطب وبيع العنب بالزبيب علىٰ هذه الرواية هو أنَّ النص ورد بإطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه الصلاة والسلام «أَوَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هٰكَذَا؟» ولم يرد بإطلاق اسم الزبيب على العنب.

قوله: لِمَا رَوَيْنَاهُ لَهُمَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا إِذًا»، ولا يقال: وَجب أن لا يصح بيع المبلولة بالرطبة ولا باليابسة، كالمقلية بغير المقلية، لأنَّ الحنطة في الأصل تخلق رطبةً ويكون مال الربا على هذه الصفة، فإذا بلَّت بالماء عادت إلىٰ تلك الصفة الأصلية، فإذا وجدت المماثلة في المعيار الشرعي جاز العقد، وأمَّا الحنطة لم تخلق مقليةً حتى يكون هذا إعادة تلك الصفة الأصلية، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أنَّ الرواية محفوظةٌ عن محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنَّما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أمَّا إذا لم تنفخ بعد لكن بلَّت من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلًا، كذا في المحيط والذخيرة.

قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ بَيْنَ هٰذِهِ الفُصُولِ - وهي بيع الحنطة

الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا يَظْهَرُ مَعَ بَقَاءِ البَدَلَيْنِ عَلَى الِاسْمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيْهِ العَقْدُ، وَفِي الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَىٰ ذٰلِكَ فَيَكُونَ تَفَاوُتًا فِي عَيْنِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ التَّفَاوُتُ بَعْدَ زَوَالِ ذٰلِكَ الِاسْمِ فَلَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ. وَلَوْ بَاعَ البُسْرَ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ البُسْرَ تَمْرٌ، بِخِلَافِ الكُفُرَّىٰ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا شَاءَ مِنَ التَّمْرِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْرٍ، فَإِنَّ هٰذَا الِاسْمَ لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، وَالْكُفَرَّىٰ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَ التَّمْرَ بِهِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ لِلْجَهَالَةِ.

الرطبة أو المبلولة إلىٰ آخرها - وَبَيْنَ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ، وكذا بين العنب بالعنب أنَّ التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وهو الحنطة والزبيب والتمر، وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما وكان هذا تفاوتًا في المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتًا في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد.

قوله: فَإِنَّ هٰذَا الِاسْمَ - أي اسم التمر - لَهُ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبْلَهُ، فإنَّ قبل انعقاد صورته اسمه الكُفرَّىٰ وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كُمُّ النخل، لأنه يستر ما في جوفه.

قوله: وَالْكُفَرَّىٰ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، هذا جوابٌ عمَّا يقال الكُفرّى لَمَّا لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز الإسلام في الكُفرَّىٰ إذا جعل التمر رأس المال؟ فأجاب أن الكُفرَّىٰ عدديٌّ متفاوتٌ فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ وَالسِّمْسِمُ بِالشَّيْرَجِ حَتَّىٰ يَكُونَ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسِّمْسِمِ فَيَكُونَ الدُّهْنُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالثَّجِيرِ) لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ يَعْرَىٰ عَنِ الرِّبَا إِذْ مَا فِيهِ مِنَ الدُّهْنِ مَوْزُونٌ، وَهٰذَا لِأَنَّ مَا فِيهِ لَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ، فَالثَّجِيرُ وَبَعْض الدُّهْنِ أَوِ الثَّجِيرُ وَحْدَهُ فَضْلٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ مِقْدَارُ مَا فِيهِ لَا يَجُوزُ

قوله: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ، أي بيع ثمرة الزيتون بالزيت، وفي المغرب: الزيتون من العصارة، ويقال لثمرة الزيتون أيضًا ولدهنه الزيت، وَالشَّيْرَجُ، الدُّهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغيَّر شَيرج أيضًا وهو تعريب: شِيرَهْ.

قوله: فَالثَّجِيرُ وَبَعْض الدُّهْنِ، فضل ينصرف إلىٰ قوله: لَوْ كَانَ أَكْثَرَ، وقوله: أَوِ الثَّجِيرُ وَحْدَهُ، إلىٰ قوله: أَوْ مُسَاوِيًا لَهُ، فإن قيل: ينبغي أن يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم بأيِّ وجه كان لأنَّ الدهن وزنيٌّ والسمسم كيليٌّ، قلنا: المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فيكون حنيئذٍ بيع الجنس بالجنس، فإن قيل: لو كان ما في السمسم مقصودًا وثجيره أيضًا مقصودًا حتَّىٰ جعل بمقابلته شيء من الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلًا صرفًا لكل واحد من الدهن والثجير إلىٰ خلاف الجنس، كما في مسئلة الأكرار، وهيَ بيع كرٍّ حنطةٍ وكرٍّ شعيرٍ بثلاثة أكرار حنطةٍ وكرٍّ شعيرٍ، قلنا: ذاك الصرف إلىٰ خلاف الجنس إنَّما يصحُّ في المنفصل خلقةً كما في مسئلة الأكرار، لأنه لمَّا كان منفصلًا خلقةً أمْكَن اعتباره منفصلًا في حقِّ الصرف إلىٰ خلاف الجنس أيضًا، وفي المبسوط: والأصل في جنس هذه المسائل أنَّ المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارةً وباعتبار ما في الضمن أخرىٰ، وفيما إذا وجدت المجانسة عينًا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيعُ قفيز حنطةٍ علكةً بقفيز حنطةٍ قد أكلها السُّوس ولا يعتبر ما في الضمن، وفي

لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَالشُّبْهَةُ فِيهِ كَالْحَقِيقَةِ، وَالْجَوْزُ بِدُهْنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمْنِهِ وَالْعِنَبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدِبْسِهِ عَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْقُطْنِ بِغَزْلِهِ، وَالْكِرْبَاسُ بِالْقُطْنِ يَجُوزُ كَيْفَمَا كَانَ بِالْإِجْمَاعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمَانِ الْمُخْتَلِفَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا) وَمُرَادُهُ لَحْمُ الإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ؛ فَأَمَّا البَقَرُ وَالْجَوَامِيسُ جِنْسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا المَعْزُ مَعَ الضَّأْنِ وَكَذَا العِرَابُ مَعَ البَخَاتِيِّ.

الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقةً وإن كان ذلك شيئًا آخر حكمًا، حتَّىٰ أنَّ الغاصب إذا غصب حنطةً وطَحَنها يصير ملكًا له، ثمَّ لا مجانسةَ بين الزيتون والزيت صورةً فيعتبر ما في الضمن.

قوله: وَالشُّبْهَةُ فِيهِ كَالْحَقِيقَةِ، ولا يلزمُ بيع اللحم بالحيوان عندهما لأنَّ اللحم في شراء الحيوان غير مقصودٌ، وإنَّما المقصود الدُّر والنسل والأسامة، وإنَّما يعتبر المجانسة بما في الضمن إذا كان مقصودًا، كما في الزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج، ألا ترىٰ أنَّ اللحم في الحيوان وإن كان موجودًا حقيقةً فهو كالمعدوم حكمًا، حتَّىٰ لو أخذ بضعةً من لحم الحيوان لا يحلُّ تناولها عرفنا أنَّ مقصود اللحم حصل بالذبح حكمًا فلا يعتبر قبله.

قوله: عَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ، يعني ينبغي أن يكون المفرز في هذه الأشياء أكثرَ ممَّا في هذه الأشياء، والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقةً، وقيل لا يصحُّ إلا بطريق الاعتبار لأنَّ في القطن غزلًا لكنه دقيقٌ جدًّا، والكرباس بالقطن يجوز كيفَ ما كان، أي سواءٌ كان القطن أكثرَ ممَّا في الكرباس من القطن أو أقلَّ أو مساويًا بالإجماع.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ أَلْبَانُ البَقَرِ وَالْغَنَمِ) وَعَنِ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ، وَلَنَا أَنَّ الأُصُولَ مُخْتَلِفَةٌ حَتَّىٰ لَا يَكْمُلَ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ.

قوله: وَكَذٰلِكَ أَلْبَانُ البَقَرِ وَالْغَنَمِ، معطوفٌ علىٰ قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ اللُّحْمَانِ المُخْتَلِفَةِ.

قوله: وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ، وهو التغذي والتقوي والاختلاف بعد ذلك يرجع إلى الوصف.

قوله: إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ، معناه أنَّ للأجزاء حكم الأصول ما لم تتغيَّر بالصنعة، كما في الدهن مع السمسم والعصير مع العنب، وإذا تغيَّر بالصنعة لم يبق له حكم الأصل كالخبز مع الحنطة، والكرباس مع القطن والدبس مع العنب يجوز البيع كيف ما كان، وقيل: معناه أنَّ اختلاف جنس الأصول دليل اختلاف جنس الفروع، ألا ترىٰ أنه لا اتحاد في المقصود فإنَّ مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الإبل، وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضرُّه البعض وينفعه البعض، حتَّىٰ أنَّ ما يكون أصله جنسًا واحدًا فإنه جنس واحد كالبقر مع الجواميس، لكن اختلاف الأصل إنَّما يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة، فإنَّ الأجزاء المختلفة إذا أبْدَع فيها صنعةً تصير كجزءٍ واحدٍ بأن اتَّخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلًا، وفي مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فتكون الأجزاء مختلفةً كأصولها، وشعر المعز وصوف الغنم جنسان، فإن قيل: يجب أن يكون جنسًا واحدًا لأنَّ المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حقِّ الألبان وفي حق تكميل النصاب؟ قلنا: نعم كذلك، إلا أنَّ المقاصد فيهما قد اختلفت فإنَّ الحبال الصلبة والمسوح إنَّما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود، واللِّفافة إنَّما تتخذ

قَالَ: (وَكَذَا خَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ العِنَبِ) لِلِاخْتِلَافِ بَيْنَ أَصْلَيْهِمَا، فَكَذَا بَيْنَ مَاءَيْهِمَا وَلِهٰذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنْسَيْنِ، وَشَعْرُ المَعْزِ وَصُوفُ الغَنَمِ جِنْسَانِ لِاخْتِلَافِ المَقَاصِدِ.

قَالَ: (وَكَذَا شَحْمُ البَطْنِ بِالْأَلْيَةِ أَوْ بِاللَّحْمِ) لِأَنَّهَا أَجْنَاسٌ مُخْتَلِفَةٌ لِاخْتِلَافِ الصُّوَرِ وَالْمَعَانِي وَالْمَنَافِعِ اخْتِلَافًا فَاحِشًا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الخُبْزِ بِالْحِنْطَةِ وَالدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) لِأَنَّ الخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَكِيلًا مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَالْحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ،

من صوف الضأن دون شعر المعز، فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين.

وحصل من هذا أنَّ ما يوجب اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة: أحدها: اختلاف الأصول كألبان البقر والغنم وكذا لحومهما، والثاني: التبدل بالصنعة مع اتحاد الأصل كالوذاري والزندنيجي والخبز مع الدقيق، وذكر في المبسوط: وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ، والدهن المربَّىٰ بالبنفسج مع غير المربَّىٰ يجوز بيع رطل من المطبوخ والمرَبَّىٰ برطلين من غير المطبوخ وغير المرَبَّىٰ لأنَّ تلك الرائحة بمنزلة زيادةٍ في عينها، وذكر في الذخيرة: لو باع قمقمةً من حديدٍ أو صفرٍ أو نحاسٍ بقمقمتين من جنسها يجوز يدًا بيدٍ، لأنَّ الناس تركوا وزنَها مع الإمكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن إعراض عن الاصطلاح على الوزن، وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن إلا باعتبار الصنعة فعُلِمَ أنَّ للصنعة تاثيرًا في تغير الأجناس، والثالث: اختلاف المقصود وإن لم يتبدل الأصل والصنعة، كشعر المعز وصوف الضأن.

قوله: لِأَنَّ الخُبْزَ صَارَ عَدَدِيًّا، أي عند محمد رحمه الله تعالىٰ، أَوْ مَوْزُونًا، أي عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا خَيْرَ فِيهِ، وَالْفَتْوَىٰ عَلَى الأَوَّلِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَإِنْ كَانَتِ الحِنْطَةُ نَسِيئَةً جَازَ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ الخُبْزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلَا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدًا أَوْ وَزْنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبْزِ وَالْخَبَّازِ وَالتَّنُّورِ

قوله: لَا خَيْرَ فِيهِ، أي لا يجوز علىٰ وجه المبالغة لأنه نكرةٌ في موضع النفي فتعمُّ نفي جميع الخيرية، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبْزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، احترز به عمَّا رُوِيَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز، وفي المبسوط: وأمَّا السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك، ومن أصحابنا من يقول: يجوز عندهما علىٰ قياس السلم باللحم، ومنهم من يقول: لا يجوز لِمَا علَّل به في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: لأنه لا يوقف على حدِّه، معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف، ثمَّ بِهذه العلة اعتبر أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ الاستقراض فيه، لأنَّ السلم أوْسَع بابًا من القرض، حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض، فإذا لم يجز السلم في الخبز بِهذا المعنى فلأَن لا يجوز الاستقراض أوْلىٰ، وأبو يوسف رحمه الله تعالىٰ يقول: الخبز موزونٌ عادةً والاستقراض في الموزونات وزنًا يجوز، وفي الذخيرة: ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، لا وزنا ولا عددًا، وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز وزنًا، واختار المشايخ للفتوىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ إذا أتىٰ بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمَّىٰ حتى لا يصير استبدالًا بالمسلم فيه وقت القبض.

وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ وَزْنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِهِ. قَالَ: (وَلَا رِبَا بَيْنَ المَوْلَىٰ وَعَبْدِهِ) لِأَنَّ العَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَهٰذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيْسَ مِلْكَ المَوْلَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقَ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُكَاتَبِهِ. قَالَ: (وَلَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، لَهُمَا الِاعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا رِبَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ» وَلِأَنَّ مَالَهُمْ مُبَاحٌ فِي دَارِهِمْ فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ المُسْلِمُ أَخَذَ مَالًا مُبَاحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَدْرٌ، بِخِلَافِ المُسْتَأْمِنِ مِنْهُمْ لِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الأَمَانِ.

قوله: وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، يعني في أوَّل التنُّور وفي آخره.

قوله: وَهٰذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، لأنه حينئذٍ لا يتحقَّق البيع فلا يتصور الربا.

قوله: لَهُمَا الِاعْتِبَارُ بِالْمُسْتَأْمَنِ، أي يتحقَّق الربا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا في دارهم، والجامع تحقُّق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع، والجواب ما ذكره في الكتاب، والله تعالىٰ أعلم.

## بَابُ الحُقُوقِ

(وَمَنِ اشْتَرَىٰ مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ فَلَيْسَ لَهُ الأَعْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ. وَمَنِ اشْتَرَىٰ بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ بِكُلِّ حَقٍّ لَمْ يَكُنْ لَهُ الأَعْلَىٰ، وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ العُلُوُّ وَالْكَنِيفُ) جَمَعَ بَيْنَ المَنْزِلِ وَالْبَيْتِ وَالدَّارِ، فَاسْمُ الدَّارِ يَنْتَظِمُ العُلُوَّ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الحُدُودُ، وَالْعُلُوُّ مِنْ تَوَابِعِ الأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ فَيَدْخُلَ فِيهِ، وَالْبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالْعُلُوُّ مِثْلُهُ،

## باب الحقوق

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ مَنْزِلًا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ، المنزل اسمٌ لما يشتمل علىٰ بيوتٍ وصحنٍ مسقَّفٍ ومطبخٍ يسكنه الرجل بعياله، والبيتُ اسم لمسقَّفٍ واحد له دهليز، والدار اسم لما يشتمل علىٰ بيوتٍ ومنازلٍ وصحنٍ غير مسقف، فكانت الدار أعم من أختيها لاشتمالها عليهما، فاستتبعت العلو ذكر الحقوق أولًا، والبيت اسم لما يُبات فيه، والعلو مثله بلا تفاوتٍ فلا يدخل إلا بالتنصيص، والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعًا بذكر التوابع عملًا لشبهه بالدار، ولا يدخل بدونه عملًا لشبهه بالبيت.

قوله: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ - أي للمنزل من الطريق والمسيل - أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ - نحو الميزاب - أَوْ مِنْهُ، كالكنيف ونحوه، أي يدخل الأعلىٰ بواحد من هذه الألفاظ الثلاثة.

وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ، وَالْمَنْزِلُ بَيْنَ الدَّارِ وَالْبَيْتِ لِأَنَّهُ يَتَأَتَّىٰ فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَىٰ مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ إِذْ لَا يَكُونُ فِيهِ مَنْزِلُ الدَّوَابِّ، فَلِشَبَهِهِ بِالدَّارِ يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلِشَبَهِهِ بِالْبَيْتِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ. وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِأَنَّ كُلَّ مَسْكَنٍ يُسَمَّىٰ بِالْفَارِسِيَّةِ «خَانَهْ» وَلَا يَخْلُو عَنْ

قوله: وَالشَّيْءُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِمِثْلِهِ، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا المستعير، فإنَّ له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فإنَّ له أن يكاتب، قلنا: المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد بأن يكون اللفظ موضوعًا لشيءٍ فعند ذكر الشيء أن يدخل هو ومثله فإنه لا يصحُّ، بل ما كان تبعًا لذلك الشيء يدخل تبعًا للمذكور الذي وُضع له اللفظ مقصودًا، وأمَّا في الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ما هو مثله أيضًا، ولكن لمَّا أعار الرجل فقد ملكه المنافع وولاية الإعارة للمستعير إنَّما نشأت من تملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل، بخلاف المالك لأنَّ المستعار أمانةٌ في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذرًا عن وقوع التغير به، وكذلك المكاتب لمَّا اختصَّ بمكاسبه كان هو أحقُّ بتصرفٍ يوصله إلىٰ مقصوده، وفي كتابة عبده تسبُّب إلىٰ ما يوصله إلىٰ مقصوده عسىٰ.

قوله: عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وهو قوله بكل حقٍّ أو أمثاله.

قوله: وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ الْعُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ، قالوا الجواب على هذا التفصيل بناءٌ علىٰ عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواءٌ باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، لأنَّ كل مسكن يسمَّىٰ «خانه» سواءٌ كان صغيرًا أو كبيرًا، إلا دار السلطان فإنه

عُلُوٌّ، وَكَمَا يَدْخُلُ العُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ الكَنِيفُ لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إِنْ كَانَ مِفْتَحُهُ فِي الدَّارِ يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الكَنِيفَ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلًا أَوْ مَسْكَنًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وَكَذَا الشُّرْبُ وَالْمَسِيلُ) لِأَنَّهُ خَارِجُ الحُدُودِ إِلَّا أَنَّهُ مِنَ التَّوَابِعِ فَيَدْخُلَ بِذِكْرِ التَّوَابِعِ، بِخِلَافِ الإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِهِ، إِذِ المُسْتَأْجِرُ لَا

يسمَّىٰ «سراي».

قوله: وَلَا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ إِلَّا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا، وهو قوله: بكل حق هو له، والظُّلة هيَ الساباطُ الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر علىٰ دارٍ أخرىٰ أو على الأسطوانات في السكَّة ومفتحها في الدار، وذكر في المغرب: وقول الفقهاء ظُلَّة الدار يريدون به السدَّة التي فوق الباب.

قوله: لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ، يعني الطريق الخاص في ملك إنسانٍ، فأمَّا طريقها إلىٰ سكَّةٍ غير نافذةٍ وإلىٰ طريق عام يدخل، وكذا ما كان لها من حقِّ مسيل الماء أو حقِّ إلقاء الثلج في ملك إنسانٍ فلا يدخل، كذا في شرح الطحاوي، وفي الذخيرة: بذكر الحقوق إنَّما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى إنَّ من سدَّ طريق منزله وجعل له طريقًا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الأول.

قوله: بِخِلَافِ الإِجَارَةِ، فإنَّ هذه الأشياء تدخل فيها وإن لم يذكر الحقوق لأنَّ

يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ فَيَدْخُلَ تَحْصِيلًا لِلْفَائِدَةِ المَطْلُوبَةِ مِنْهُ، أَمَّا الِانْتِفَاعُ بِالْمَبِيعِ مُمْكِنٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ عَادَةً يَشْتَرِيهِ، وَقَدْ يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتِ الفَائِدَةُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورةَ تصحيح العقد، فأمَّا البيع فإنه موضوعٌ لملك العين لا الانتفاع بنوع معيَّنٍ، ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال، كالمهر الصغير والجحش والأرض السبخة ولا يجوز إجارتُها، وفي الفوائد: فرقٌ بين الإجارة وبين القسمة، فإنَّ الدار إذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصابَ الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقًا ولا مسيل ماءٍ وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل مآءه في ذلك، فالقسمة فاسدةٌ ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريًا لجواز القسمة كما في الإجارة، والفرق أنَّ في الإجارة موضع الشرب ليس ممَّا يتناوله الإجارة ولكن يتوسَّل به إلى الانتفاع بالمستأجر، والآجر إنَّما يستوجب الأجر إذا تمكَّن المستأجر من الانتفاع ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما، فأمَّا هنا فموضع الطريق والمسيل داخلٌ في القسمة وموجب القسمة اختصاصُ كلِّ واحد منهما بما هو نصيبه، فلو أثْبَتنا لأحدهما حقًّا في نصيب الآخر يتضرَّر به الآخر، إلا إذا ذكر الحقوق والمرافق لأنه دليل الرضا به، ثمَّ فرقٌ بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع إذا ذكر الحقوق وإن أمكنه أن يفتح الباب فيما ابتاعَ ويسيل ماءه فيه وفي القسمة لا يدخل، والفرق أنَّ المقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين عن الآخر واختصاص كلِّ واحد من الانتفاع بنصيبه علىٰ وجهٍ لا يشركه الآخر فيه، فلا يُصار إلى الانتفاع بنصيب صاحبه إلَّا عند التعذُّر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخلُّ بمقصود البيع فلهذا افترَقا.

## بَابُ الِاسْتِحْقَاقِ

(وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فَإِنَّهَا كَاسْمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيَظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنَ الأَصْلِ، وَالْوَلَدُ

## باب الاستحقاق

قوله: أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ، حتَّىٰ تظهر في حق كافة الناس، لأنَّ البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى إلى الكل، وأمَّا الإقرار فحجة قاصرة لأنه لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الإقرار، وفي الفوائد: الملك لا بدَّ له من زمان ومن سبب، وفي الأزمان والأسباب تزاحم، والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان تعيين ذلك الزمان أوْلىٰ، والنتاج أيضًا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببًا أوْلىٰ، ولهذا قلنا لو ادَّعىٰ ملكًا مطلقًا ثمَّ ادَّعى ملكًا بسبب صحة الدعوى وعلى العكس لا تصحُّ، لأن في الفصل الأول ادَّعى ما هو أنقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو زائد، ولا يقال: الملك المطلق لو كان ثبوته من الأصل وجب أن لا يترجح بينة النتاج على بينة الملك المطلق، لأنَّ ثبوت الملك من الأصل في النتاج قطعيٌّ، وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعًا، ولا يقال: بأنَّ ما ذكرتم من تعارض الأزمان والأسباب موجود في الإقرار ولا يقضى بالملك فيه من الأصل، لأنَّ الإقرار إخبار صيغةً تمليكٌ معنى لأنَّ الملك ثابت للمقرِّ بظاهر يده وأنه يملك إنشاء سبب الملك لغيره، فمن حيث إنه إخبار إن كان يوجب ثبوته في الولد كما في البينة، فمن حيث إنه تمليكٌ لا

كَانَ مُتَّصِلًا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يُثْبِتُ المِلْكَ فِي المُخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةُ صِحَّةِ الإِخْبَارِ، وَقَدِ انْدَفَعَتْ بِإِثْبَاتِهِ بَعْدَ الِانْفِصَالِ فَلَا يَكُونُ الوَلَدُ لَهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَدْخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالْأُمِّ تَبعًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ القَضَاءُ بِالْوَلَدِ وَإِلَيْهِ تُشِيرُ المَسَائِلُ، فَإِنَّ القَاضِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالزَّوَائِدِ، قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تَدْخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الحُكْمِ، فَكَذَا الوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ بِالْأُمِّ تَبعًا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَإِذَا هُوَ حُرٌّ وَقَدْ قَالَ العَبْدُ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ لَهُ، فَإِنْ كَانَ البَائِعُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا غَيْبَةً مَعْرُوفَةً لَمْ يَكُنْ

يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشكِّ، فأمَّا الشهادة فإخبار من كل وجه والشاهدان لا يملكان التمليك من المشهود له فاعتبَر إخبارًا من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الأصل.

قوله: يُثْبِتُ المِلْكَ فِي المُخْبَرِ بِهِ، وهو كون الأمة ملكًا له، ثُمَّ قِيلَ: يَدْخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالْأُمِّ تَبعًا، أي في فصل البينة، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ القَضَاءُ بِالْوَلَدِ، وهو الأصح، لأنَّ الولد يوم القضاء أصلٌ بنفسه فلا بدَّ له من الحكم مقصودًا، دلَّ عليه ما قال محمد رحمه الله تعالى: فإنَّ القاضي إذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعًا.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا، أي شخصًا علىٰ ظنِّ أنه عبدٌ، وقد قال العبد للمشتري: اشتَرِنِي فإنِّي عبد، إنَّما قيَّد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع: إنِّي عبدٌ، ولم يأمره بالشراء أو قال: اشتَرِنِي، ولم يقل إنِّي عبدٌ لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعًا.

عَلَى العَبْدِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ البَائِعُ لَا يُدْرَىٰ أَيْنَ هُوَ رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى العَبْدِ وَرَجَعَ هُوَ عَلَى البَائِعِ، وَإِنِ ارْتَهَنَ عَبْدًا مُقِرًّا بِالْعُبُودِيَّةِ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهِمَا لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالْمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالْكَفَالَةِ وَالْمَوْجُودُ لَيْسَ إِلَّا الإِخْبَارَ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الأَجْنَبِيُّ ذٰلِكَ، أَوْ قَالَ العَبْدُ ارْتَهِنِّي فَإِنِّي عَبْدٌ وَهِيَ المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا أَنَّ المُشْتَرِيَ شَرَعَ فِي الشِّرَاءِ مُعْتَمِدًا عَلَىٰ مَا أَمَرَهُ وَإِقْرَارِهِ أَنِّي عَبْدٌ، إِذِ القَوْلُ لَهُ فِي الحُرِّيَّةِ فَيُجْعَلُ العَبْدُ بِالْأَمْرِ بِالشِّرَاءِ ضَامِنًا لِلثَّمَنِ لَهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى البَائِعِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ وَالضَّرَرِ، وَلَا تَعَذُّرَ إِلَّا فِيمَا لَا يُعْرَفُ مَكَانُهُ، وَالْبَيْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَأَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ الآمِرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ،

قوله: عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ، أي سواءٌ كان الراهن حاضرًا أو غائبًا.

قوله: لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالْمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالْكَفَالَةِ، أي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة أو بالكفالة، لِمَا أنَّ أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرةٌ، وذكر شمس الأئمة رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير قول محمد رحمه الله تعالىٰ مع قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْبَيْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ - يستحقُّ به السلامة - فَأَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ الآمِرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، أي موجب البيع فإنه يقتضي سلامته بإزاء سلامته فيجعل العبد بالأمر ضامنًا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذُّر رجوعه على البائع نفيًا للغرور والضَّرر، ولا تعذُّر إلا فيما لا يعرف مكانه، بخلاف الرهن لأنه لم يشرع معاوضةً بل شرع لملك الحبس من غير عوضٍ ويصير بعاقبته استيفاءً لعين حقِّه من غير عوضٍ، فلا يمكن

بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هُوَ وَثِيقَةٌ لِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ حَقِّهِ حَتَّىٰ يَجُوزَ الرَّهْنُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسَلَّمِ فِيهِ مَعَ حُرْمَةِ الِاسْتِبْدَالِ، فَلَا يُجْعَلُ الْأَمْرُ بِهِ ضَمَانًا لِلسَّلَامَةِ، وَبِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَأُ بِقَوْلِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْغُرُورُ. وَنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا قَوْلُ الْمَوْلَىٰ بَايِعُوا عَبْدِي هٰذَا فَإِنِّي قَدْ أَذِنْتُ لَهُ ثُمَّ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ ضَرْبُ إِشْكَالٍ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الدَّعْوَىٰ شَرْطٌ فِي حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ عِنْدَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفْسِدُ الدَّعْوَىٰ. وَقِيلَ إِذَا كَانَ الْوَضْعُ فِي حُرِّيَّةِ الْأَصْلِ فَالدَّعْوَىٰ فِيهَا لَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الْأُمِّ. وَقِيلَ هُوَ شَرْطٌ لٰكِنَّ التَّنَاقُضَ غَيْرُ مَانِعٍ

أن يجعل الأمر به ضمانًا للسلامة.

قوله: حَتَّىٰ يَجُوزَ الرَّهْنُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسَلَّمِ فِيهِ، هذا استدلالٌ بجواز الرهن علىٰ أنَّ الرهن ليس بمعاوضةٍ، إذ لو كان معاوضةً لكان استبدالًا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بِهلاك الرهن وأنه حرامٌ فلم يكن هذا غرورًا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببًا للضمان، ولهذا إذا سأل رجلٌ غيره عن أمن الطريق فقال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه فسلب اللُّصوص أمواله لم يضمن المخبر بشيءٍ، لأنه غرورٌ فيما ليس بمعاوضةٍ، وبخلاف الأجنبيِّ فإنه لا يُبالي بإخباره إذ لا علمَ له بحال العبد ظاهرًا فلا يتحقَّق الغرور.

قوله: لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الْأُمِّ، لأنَّ الشهود يفتقرون في شهادتِهم إلىٰ تعيين الأمِّ فيحرم فرجها علىٰ من يدعي أنَّها ملكه وكذا بناتُها، وحرمة الفرج حق الله تعالىٰ وفي

لِخَفَاءِ العَلُوقِ وَإِنْ كَانَ الوَضْعُ فِي الإِعْتَاقِ فَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ لِاسْتِبْدَادِ المَوْلَىٰ بِهِ فَصَارَ كَالْمُخْتَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الخُلْعِ وَالْمُكَاتَبِ يُقِيمُهَا عَلَى الإِعْتَاقِ قَبْلَ الكِتَابَةِ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ حَقًّا فِي دَارٍ) مَعْنَاهُ حَقًّا مَجْهُولًا (فَصَالَحَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَىٰ مِائَة دِرْهَمٍ فَاسْتُحِقَّتِ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُولَ دَعْوَايَ فِي هٰذَا البَاقِي.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَاهَا كُلَّهَا فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتُحِقَّ مِنْهَا شَيْءٌ

حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى، كما في عتق الأمة، حتى لو خلت عن تحريم الفرج كولد المغرور وهو حرُّ الأصل ولا يتضمَّن حرمة فرج الأم لكون الدَّعوىٰ فيه شرطًا والتناقض مانعًا.

قوله: لِخَفَاءِ العَلُوقِ، فإنه قد يجلب من دار الحرب صغيرًا ولا يعلم حريةَ أبيه وأمه فيقرُّ بالرقِّ ثمَّ يعلم بحريتهما فيه فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى.

قوله: كَالْمُخْتَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ قَبْلَ الخُلْعِ، وإنَّما قيَّد بالثلاث لأنه فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه تزوَّجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يومٍ أو يومين، وأمَّا في الثلاث فلا يمكن.

قوله: وَمَنِ ادَّعَىٰ حَقًّا، إلىٰ آخره، وهذه المسئلة تدلُّ على أنَّ الصلح علىٰ معلوم عن المجهول صحيحٌ، لأنَّ الجهالة في الساقط لا تفضي إلى النزاع، وعلىٰ أنَّ صحة الدعوى ليست بشرطٍ لصحة الصلح، لأنَّ دعوى الحق في الدار ليست بصحيحةٍ لجهالة

رَجَعَ بِحِسَابِهِ) لِأَنَّ التَّوْفِيقَ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِنْدَ فَوَاتِ سَلَامَةِ الْمُبْدَلِ، وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ الصُّلْحَ عَنِ الْمَجْهُولِ عَلَىٰ مَعْلُومٍ جَائِزٌ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيمَا يَسْقُطُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

المدعي، ولو أقام البينة عليه لا تقبل بينته إلا إذا ادَّعى إقرار المدَّعى عليه بالحقِّ فحينئذٍ يصحُّ الدعوى وتقبل البينة، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

## فَصْلٌ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَ البَيْعَ؛ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ لَمْ

## فصل في بيع الفضولي

في المُغْرِبِ: الفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خيرَ فيه حتى قيل: فضول بلا فضلٍ، وسن بلا سنٍّ، وطول بلا طولٍ، وعرض بلا عرضٍ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضوليٌّ، لأنه لمَّا صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعَلَم له، ولم يصر إلىٰ واحده في النسبة كما في أعرابيٍّ وأنصاريٍّ، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيلٍ، وفتح الفاء خطأ، الأصل أنَّ العقود تتوقَّف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد، وإن لم يكن لها مجيز حالة العقد لا تتوقف وتقع باطلةً، والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذًا على العاقد، وإن لم يجد نفاذًا عليه يتوقَّف، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا يتوقف عقد، بيانه أنَّ الصبيَّ المحجور عليه إذا باع ماله أو اشترىٰ شيئًا أو تزوَّج امرأةً أو زوَّج أمةً أو كاتب عبده أو عقد عقدًا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر، فإذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف علىٰ إجازة وليه في حالة الصغر، ولو بلغ الصبيُّ قبل أن يجيزه الوليُّ فأجازه بنفسه جاز، ولا يجوز بنفس البلوغ من غير إجازةٍ بعده، ولو أنَّ الصبي طلَّق امرأته، أو خلعها، أو أعتق عبده على مال، أو بغير مال، أو وهب ماله، أو تصدق، أو زوج عبده امرأةً، أو باع ماله بمحاباة فاحشةٍ، أو اشترىٰ شيئًا بأكثر من قيمته قدرَ ما لا يتغابن الناس في مثله، أو غير ذلك من العقود ممَّا لو فعله وليُّه في حال صغره لا يجوز عليه، فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف، وإن أجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز،

يَصْدُرُ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لِأَنَّهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ المَالِكِ وَقَدْ فُقِدَا، وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمْلِيكٍ وَقَدْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ القَوْلُ بِانْعِقَادِهِ، إِذْ لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلْمَالِكِ مَعَ تَخْيِيرِهِ،

لأنَّ هذه العقود لا مجيزَ لها وقت العقد فلا يتوقَّف على الإجازة.

قوله: لِأَنَّهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِإِذْنِ المَالِكِ، أي لأنَّ الولاية الشرعية.

قوله: وَلَا انْعِقَادَ إِلَّا بِالْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ، والقدرة إمَّا بالملك أو بالإذن.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمْلِيكٍ، هذا من قبيل إضافة العام إلى الخاص، أي تصرُّفٌ وهو تمليكٌ، وإنَّما قيَّد بالتمليك احترازًا عن تصرُّف هو إسقاط كالطلاق والعتاق، فإنَّ الصبي إذا طلَّق امرأته أو أعتق عبده علىٰ مالٍ أو بغير مالٍ لا يتوقف علىٰ إجازة الولي ولا علىٰ إجازة نفسه بعد البلوغ، بخلاف ما إذا باع ماله، أو اشترىٰ شيئًا، أو تزوَّج امرأة، أو تزوَّج أمةً فإن هذه التصرفات منه تتوقف على إجازة الوليِّ أو إجازة نفسه بعد البلوغ، أمَّا إذا صدر تصرف إسقاط من الفضولي بأن طلَّق امرأة إنسانٍ أو أعتق عبده فإنه يتوقف على الإجازة، لأنَّ له مجيزًا حال وقوعه وقد صدر من أهله في محلِّه، أمَّا بيان الأهلية فإنَّ التصرف كلامٌ والأهلية للكلام حقيقةٌ بالتمييز واعتباره شرعًا بالخطاب، وأمَّا بيان المحلية فإنَّ البيع تمليكُ مالٍ بمالٍ فالمحلُّ إنَّما يكون محلًّا بكونه مالًا متقوِّمًا وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوُّم، ألا ترىٰ أنه لو باعه بإذن المالك يجوز، وما ليسَ بمحلٍّ لا يصير محلًّا بالإذن، ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكًا أو غير مالكٍ.

فإن قيل: اعتبار التصرف شرعًا لحكمه لا لعينه، والمراد بالأسباب الشرعية أحكامها، واشتِراط الملك في المحل لأجل الحكم، والتمليك لا يتحقَّق إلا من المالك

بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ حَيْثُ يَكْفِي مُؤْنَةُ طَلَبِ الْمُشْتَرِي وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَغَيْرِهِ، وَفِيهِ نَفْعُ العَاقِدِ لِصَوْنِ كَلَامِهِ عَنِ الإِلْغَاءِ، ..........................

فإذا لم يكن المتصرف مالكًا لغا تصرُّفه لانعدام حكمه، قلنا: الجواب عن هذا السؤال بطريقين: أحدهما: لا نُسلِّم أنَّ الحكم لا يثبت بِهذا التصرُّف بل يثبت حكم يليقُ بالسبب، فإنه يثبت بالسبب الموقوف ملكٌ موقوفٌ، كما يثبت بالسبب البات الملك البات، ولهذا لو أعتق المشتري ثمَّ أجاز المالك البيع نفذ عتقه، وهذا لأنه لا ضررَ على المالك في إثبات ملك موقوف بِهذا السبب، كما لا ضررَ عليه في انعقاد السبب، فأمَّا الضرر ففي زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه الثابت، والثانِي: أنَّ السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعًا، فأمَّا إذا تأخَّر عنه الحكم فلا، لأنَّ الحكم تارةً يتصل بالسبب وتارةً يتأخَّر كما في البيع بشرط الخيار، والعلة لا تبطل بتأخُّر حكمها لمانعٍ فإنَّ أصل البيع صحيحٌ من المالك والحكم متأخر علىٰ أصل الشافعي رحمه الله تعالى إلىٰ أن يتفرقا، لأنه تأخَّر لمانعٍ وهو الخيار، وكذلك الراهنان إذا تبايعا رهنًا بغير إذن المرتَهنين انعقد وتوقَّف الحكم لحقِّ المرتَهنين، وكذلك الطلاق إلىٰ شهرٍ سببٌ لإيقاع صحيحٍ والحكم متأخِّر، وكذلك شهر رمضان سببٌ لوجوب الصوم والوجوب متأخِّر في حق المسافر والمريض، ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فإنه لا ينعقد وإن كان هو أهل الكلام، حتَّىٰ لو طلق امرأة غيره صحَّ والمحلُّ موجودٌ وهو المنكوحة، لأنا نقول: أنَّ الشرع ألْحَق الصبيَّ بالذي لا يعقل فيما يضرُّه من الأحكام نظرًا له، حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وإن تحقَّقت الأسباب من إدراك وقت الصلاة، وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة، لأنَّ اللزوم ضررٌ في نفسه فالتحق شرعًا بالبهيمة، والطلاق إضرار لأنه إبطالُ ما شُرع مصلحةً كالهبة فلا يبقىٰ أهلًا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق أهلًا لوجوب حقوق الله تعالىٰ.

قوله: وَغَيْرِهِ، وهو حقوق العبد، فإنَّها لا ترجع إلى المالك.

وَفِيهِ نَفْعُ المُشْتَرِي فَثَبَتَ لِلْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ تَحْصِيلًا لِهٰذِهِ الوُجُوهِ، كَيْفَ وَإِنَّ الإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً لِأَنَّ العَاقِلَ يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ.

قَالَ: (وَلَهُ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ بَاقِيًا وَالْمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا) لِأَنَّ الإِجَازَةَ تَصَرُّفٌ فِي العَقْدِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِهِ وَذٰلِكَ بِقِيَامِ العَاقِدَيْنِ وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ. وَإِذَا أَجَازَ المَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لَهُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ، لِأَنَّ الإِجَازَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنْزِلَةِ الوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الإِجَازَةِ دَفْعًا لِلْحُقُوقِ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الفُضُولِيِّ فِي

قوله: وَفِيهِ نَفْعُ المُشْتَرِي، لأنه أقدم عليه طائعًا، ولو لم يكن فيه نفعٌ لَمَا أقدم عليه.

قوله: كَيْفَ وَإِنَّ الإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً، أي في حقِّ الانعقاد لأنَّ النفع فيه.

قوله: بِمَنْزِلَةِ الوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، من حيثُ إنَّ كل واحدةٍ منهما يثبت الحكم، أو من حيث إنَّ كل واحدة منهما رافعةٌ للمنافع، فإن قيل: لا نُسلم أنَّ الإجازة اللَّاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ألا ترىٰ أنَّ الفضوليَّ إذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثمَّ أجاز المالك بيع الفضوليِّ لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي، قلنا: الملك الموقوف إذا طرأ عليه الملك البات أبطَل الموقوف، وهنا ملك المشتري من الفضولي يكون باتًا بإجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتَراه من مشتري الفضوليِّ.

قوله: وَلِلْفُضُولِيِّ أَنْ يَفْسَخَ قَبْلَ الإِجَازَةِ - إلى قوله - بِخِلَافِ الفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ، أي للفضوليِّ في البيع الفسخ قبل الإجازة دفعًا للحقوق عن نفسه، وليس للفضولي في النكاح ذلك، يريدُ به أنه ليس له الفسخ بالقول وله أن يفسخ بالفعل بأن زوَّج رجلًا امرأةً برضاها فقبل إجازة الزوج زوجه أختها كان نقضًا للنكاح الأول.

النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مُعَبِّرٌ مَحْضٌ، هٰذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ عَرْضًا مُعَيَّنًا إِنَّمَا تَصِحُّ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ العَرْضُ بَاقِيًا أَيْضًا، ثُمَّ الإِجَازَةُ إِجَازَةُ نَقْدٍ لَا إِجَازَةُ عَقْدٍ حَتَّىٰ يَكُونَ العَرْضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكًا لِلْفُضُولِيِّ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ المَبِيعِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا، لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الإِجَازَةِ.

قوله: لِأَنَّهُ مُعَبِّرٌ مَحْضٌ، حيثُ لا ترجع الحقوق إليه، فإذا عبَّر فقد انتهىٰ فصار هو بمنزلة الأجنبيِّ.

قوله: ثُمَّ الإِجَازَةُ إِجَازَةُ نَقْدٍ، أي إجازة أن ينقد الثمن من ماله.

قوله: لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ، والشراء لا يتوقف على إجازة من اشترىٰ له، أي إذا وجد نفاذًا، وأمَّا لو لم يجد نفاذًا على العاقد فإنه يتوقف على إجازة من اشترىٰ له، كالصبيِّ المحجور والعبد المحجور إذا اشتَريا لغيرهما فإنه يتوقف على الإجازة، وهذا إذا أضاف العقد إلىٰ نفسه، وأمَّا إذا أضاف العقد إلى الذي اشتَراه له نحو أن يقول للبائع: بع عبدك من فلان بكذا، فقال الآخر: بعتُ، وقبل المشتري هذا البيع منه لأجل فلان، أو يقول البائع: بعتُ هذا العبدَ من فلانٍ بكذا، وقبل الآخر لأجل فلان، فإنه يتوقف علىٰ إجازة ذلك الرجل، وأمَّا إذا قال المشتري: اشتريتُ منك هذا العبد بكذا، لأجل فلان فقال البائع: بعتُ منك هذا العبد بكذا لأجل فلان، وقال المشتري: اشتَريتُ، نفذ الشراء علىٰ نفسه ولا يتوقَّف، وتحقيقه أنَّ الثمن إذا كان عرضًا كان الفضوليُّ بائعًا مال الغير به مشتريًا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقَّف، لأنَّ الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه، بخلاف البيع لأنَّ قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرَّر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لئلا يتضرَّر الغير به، فإذا أجاز المالك البيعَ بالعرض كان مجيزًا نقد ما ملكه عوضًا عمَّا

(وَلَوْ هَلَكَ المَالِكُ) لَا يَنْفُذُ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَىٰ إِجَازَةِ المُوَرِّثِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ أَجَازَ المَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَعْلَمُ حَالَ المَبِيعِ جَازَ البَيْعُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلًا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الأَصْلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّىٰ يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الإِجَازَةِ لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الإِجَازَةِ فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

اشترىٰ وصار الفضوليُّ مستقرضًا عن المالك ما باعه وإن كان حيوانًا لأنَّ استقراضه يصحُّ في ضمن الشراء وإن كان لا يصح قصدًا، إلا أنه يثبت مقتضى الشراء فيثبتُ بشروطه والشراء مشروعٌ فيكون ما في ضمنه مشروعًا ويرجع عليه المالك بمثله إن كان مثليًّا وبقيمته إن لم يكن مثليًّا، واعتبار جانب الشراء أحقُّ من البيع لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرُّف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف علىٰ غيره وهو خلاف الأصل.

قوله: فِي الفَصْلَيْنِ، أي فيما إذا كان الثمن دَينًا أو عرضًا.

قوله: فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ، فإن قيل: يشكل بالأمة إذا تزوَّجت بغير إذن مولاها ثمَّ مات المولىٰ فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذ لم يحل له وطئها، قلنا: الأمة تصرفت بأهليتها لأنَّها باقيةٌ على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدَمية والنكاح من خواصها، وإنَّما يوقف علىٰ إجازة المالك كيلا يتضرَّر المالك، والوارث مالكٌ كالمورث ولم يثبت له ملكٌ باتٌّ ليبطل الملك الموقوف.

قوله: لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْطِ الإِجَازَةِ، وهو بقاء المبيع، فإن قيل: الشكُّ هو ما استوىٰ طرفاه وههنا طرف البقاء راجحٌ لأنَّ الأصل في كل موجودٍ بقاؤه ما لم يتيقَّن بالمزيل وههنا لم يتيقَّن بالمزيل فكان باقيًا عملًا بالأصل، قلنا: ذاك عملٌ باستصحاب الحال وهو

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَوْلَى الْبَيْعَ فَالْعِتْقُ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا عِتْقَ بِدُونِ الْمِلْكِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ» وَالْمَوْقُوفُ لَا يُفِيدُ الْمِلْكَ، وَلَوْ ثَبَتَ فِي الْآخِرَةِ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، وَالْمُصَحِّحُ لِلْإِعْتَاقِ الْمِلْكُ الْكَامِلُ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ الْغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ، وَلَا أَنْ يُعْتِقَ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ

يصلح حجةً للدفع لا للإثبات وهنا يحتاج إلىٰ نفاذ البيع وثبوت الملك في المعقود عليه لِمَن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجةً فيه، فكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفيع بما في يده عند إنكار المشتري ملكه حيث لا يكتفىٰ به.

قوله: وَالْمُصَحِّحُ لِلْإِعْتَاقِ الْمِلْكُ الْكَامِلُ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم»، فإن قيل: الملك الناقص يكفي لصحة الإعتاق، ألا ترىٰ أنه لو أعتق المكاتب يصحُّ والملك في المكاتب ناقصٌ بدليل حرمة وطء المكاتبة، بخلاف المدبَّرة فإنَّ الملك فيها كاملٌ والرقُّ ناقصٌ وفي المكاتب على العكس؟ قلنا: نعم كذلك، إلا أنَّ الكتابة تنفسخ في ضمن الإعتاق لِمَا أنَّ عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وأنه لمَّا رضيَ بالإعتاق بالبدل كان أرْضىٰ للإعتاق بدون البدل.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ الْغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ، يعني أنَّ الغاصب لو أعتق ثمَّ ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أنَّ الملك الثابت له بالضمان أقْوىٰ من الملك الثابت للمشتري ههنا، حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشترى منه، ثمَّ لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان فأوْلىٰ أن لا ينفذ عتق من تلقَّى الملك من جانبه.

يُجِيزُ البَائِعُ ذٰلِكَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسْرَعُ نَفَاذًا حَتَّىٰ نَفَذَ مِنَ الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ. وَلَهُمَا أَنَّ المِلْكَ ثَبَتَ مَوْقُوفًا بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعْتَاقُ مُرَتَّبًا عَلَيْهِ وَيَنْفُذُ بِنَفَاذِهِ فَصَارَ كَإِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ وَكَإِعْتَاقِ الوَارِثِ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ وَهِيَ مُسْتَغْرِقَةٌ بِالدُّيُونِ يَصِحُّ، وَيَنْفُذُ إِذَا قَضَى الدُّيُونَ بَعْدَ ذٰلِكَ، بِخِلَافِ إِعْتَاقِ الغَاصِبِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَبِخِلَافِ مَا

قوله: وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ المُشْتَرِي مِنَ الغَاصِبِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، أي المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثمَّ أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذلك إذا أعتق مع أنَّ البيع أسْرَع نفاذًا من العتق، ألا ترىٰ أنَّ الغاصب إذا أدَّى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتق ثمَّ ضمن لم ينفذ عتقه، والمكاتب والمأذون يملكان البيع لا الإعتاق، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدَّى الغاصب الضمان فينبغي أن لا يصح إعتاقه في فصل الإجازة أيضًا.

قوله: بِتَصَرُّفٍ مُطْلَقٍ، احتراز عن البيع بشرط الخيار، وقوله: مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، احتراز عن الغصب لأنَّ الغصب ليس بموضوع لإفادة الملك.

قوله: فَصَارَ كَإِعْتَاقِ المُشْتَرِي مِنَ الرَّاهِنِ، والجامع إعتاق في بيع موقوف.

قوله: لِأَنَّ الغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، لكونه عدوانًا محضًا، وإنَّما يثبت الملك به ضرورةً عند أداء الضمان كي لا يجتمع في ملكٍ واحدٍ بدلان فلم يكن الغصب

إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارُ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرْطِ بِهِ يَمْنَعُ انْعِقَادَهُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ أَصْلًا، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لِأَنَّ بِالْإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ مِلْكٌ بَاتٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَىٰ مِلْكٍ مَوْقُوفٍ

في الحال سببَ الملك ليتوقَّف الملك ويتوقَّف العتق حكمًا له، بل هو بعرض أن يصير سببًا عند أداء الضمان والعتق وجد قبله، وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لأنه ليسَ بمطلقٍ وخيار الشرط يمنع انعقاده في حقِّ الحكم أصلًا فكان الملك معدومًا لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الإعتاق محلًّا مملوكًا للمشتري فيلغو، وهنا البيع مطلقٌ والأصل في الأسباب المطلقة أن يعمل في حق الحكم بلا تراخٍ والتَّراخي إنَّما ثبت هنا لضرورة دفع الضَّرر ولا ضررَ في توقف الملك والإعتاق، فوجب القول بإظهار السبب في حقِّه ونعني بتوقف الملك أنه موجودٌ في حق الأحكام التي لا يتضرَّر المالك بِها وغير موجود في حقِّ الأحكام التي يتضرَّر المالك بِها، والمشتري من الغاصب إذا أعتق ثمَّ ملك المغصوب بأداء الضمان لا ينفذ إعتاقه عند البعض لأنَّ ملك المشتري يثبت بناءً على ملك الغاصب وأنه لا يكفي لصحَّة الإعتاق فكذا ما ثبت بناءً عليه، والأصحُّ أنه ينفذ لأنَّ ملك المشتري يثبت مطلقًا بسببٍ مطلقٍ وهو الشراء فاحتمل البيع عند الإجازة، بخلاف الغاصب لأنه ملك بالغصب وهو سبب ضروريٌّ لا مطلقٌ لِمَا مرَّ فكان الملك ناقصًا كملك المكاتب.

قوله: وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لِأَنَّ بِالْإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ - وهو المشتري من الغاصب - مِلْكٌ بَاتٌّ، وطرؤ الملك الباتِّ على الملك الموقوف يبطله، وهذا المعنى فقهي وهو أنه لا يتصوَّر اجتماعهما أعني الملك الباتِّ والملك الموقوف في محلٍّ واحدٍ، والبيعُ بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة، فإن قيل: يشكلُ على هذا الأصل ما إذا باع الغاصبُ ثمَّ أدَّى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزًا وإن طرأ الملك

لِغَيْرِهِ أَبْطَلَهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي مِنْهُ كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ فَأَخَذَ أَرْشَهَا ثُمَّ أَجَازَ المَوْلَى البَيْعَ فَالْأَرْشُ

الباتَّ الذي يثبت للغاصب بأداء الضمان علىٰ ملك المشتري الذي اشترىٰ منه وهو موقوفٌ، قلنا: إنَّ ثبوت الملك للغاصب ضروريٌّ لأنَّ الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري، فإن قيل: الملك البات ليس بمانعٍ للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفًا فأوْلىٰ أن لا يكون رافعًا لأنَّ المنع أسْهَل من الرفع، قلنا: المنع أو الرفع إنَّما يكون عند التعارض ولا تعارض ثمَّ لأنَّ الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وإنَّما ظهر في حق المتعاقدين لأنَّ البيع قائمٌ بِهما فإذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضوليِّ.

قوله: وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنْفُذُ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي مِنْهُ، هذا جوابٌ بطريق المنع لِمَا ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ بقوله: وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدَّى الغاصب الضمان والمنع هو الأصح، وفي المبسوط: وأمَّا إذا أعتقه المشتري ثمَّ نفذ البيع بتضمين الغاصب فالأصحُّ أنه ينفذ العتق أيضًا، هكذا ذكره هلال رحمه الله تعالىٰ في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أوْلىٰ، وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه، ولهذا لم ينفذ إعتاق الغاصب فكذا إعتاق من تلقَّى الملك من جهته، وههنا إنَّما يستند الملك له إلىٰ وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكًا له حقيقةً فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا نَفَذَ عتقه.

قوله: فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ، أي في يد المشتري من الغاصب، وفي المبسوط: وكل ما

لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ المِلْكَ قَدْ تَمَّ لَهُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَطْعَ حَصَلَ عَلَىٰ مِلْكِهِ وَهٰذِهِ حُجَّةٌ عَلَىٰ مُحَمَّدٍ، وَالْعُذْرُ لَهُ أَنَّ المِلْكَ مِنْ وَجْهٍ يَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الأَرْشِ كَالْمُكَاتَبِ إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الأَرْشَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرِّقِّ يَكُونُ الأَرْشُ لِلْمَوْلَىٰ، فَكَذَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُ المُشْتَرَىٰ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ ثُمَّ أُجِيزَ البَيْعُ فَالْأَرْشُ لِلْمُشْتَرِي، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

حدث للجارية عند المشتري من ولدٍ أو كسبٍ أو أرش جناية وما شابَهها فهو للمشتري، لأن عند إجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع، فإنَّ سبب الملك هو العقد وإن كان تامًّا في نفسه لكن امتنع ثبوت الملك له لمانعٍ وهو حقُّ المغصوب منه، فإذا ارتفع ذلك بالإجازة يثبت الملك له من وقت السبب لأنَّ الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فتبيَّن أنَّ الزوائد حدثت على ملكه، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: وإذا صحت الإجازة كان القطع حاصلًا في ملك المشتري فيكون الأرش له، ثمَّ قال: وهذا بخلاف ما إذا غصب من آخر عبدًا فقطعت يده وأدَّى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الأرش للغاصب، وإن ملك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب لأنَّ الغصب لم يوضع سببًا للملك، وإنَّما يثبت الملك في المضمون مستندًا لمكان الضرورة علىٰ ما عُرف والاستناد لا يظهر في المنفصل، أمَّا البيع فسببٌ موضوعٌ للملك فجاز أن يعمل في المتصل والمنفصل.

قوله: بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ، أي لا ينفذ إعتاق المشتَري فيما إذا كان الخيار للبائع، على ما مرَّ، وهو قوله: وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع، لأنه ليسَ بمطلقٍ وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني أن الخيار يمنع البيع من كونه سببًا للملك في الحال فلا يملك المحل

(وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ نِصْفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ أَوْ فِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ المِلْكِ.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ثُمَّ أَجَازَ المَوْلَى البَيْعَ الأَوَّلَ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ الثَّانِي) لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الِانْفِسَاخِ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيْعِ الأَوَّلِ وَالْبَيْعُ يَفْسُدُ بِهِ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ

أصلًا إذ الملك إنَّما يثبت بالسبب، أمَّا صفة التوقف يجعل العقد كالمضاف إلىٰ ما بعد الإجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببًا في الحال.

قوله: وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَىٰ نِصْفِ الثَّمَنِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، أي إن كان القطع قبل القبض لأنَّ المبيع إذا لم يكن مقبوض المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن.

قوله: أَوْ فِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ المِلْكِ، أي إذا كان القطع بعد القبض لأنَّ الملك غير موجودٌ حقيقةً وقتَ القطع، وإنَّما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتًا من وجهٍ دون وجهٍ.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، يعني أنَّ الملك البات إذا طرأ على ملكٍ موقوفٍ أبْطَله، كما لو اشتراه الغاصب أو اتَّهبه يبطل بيعه، بخلاف ما لو أدَّى الضمان بعد البيع حيث نَفَذ بيعه لأنَّ بأداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئًا، ولأنَّ فيه غرر الانفساخ إذ نفاذ هذا البيع معلَّق بنفاذ الأول ونفاذ الأول معلَّق بإجازة المالك وهو رُبَّما يجيز العقد الأول ورُبَّما لا يجيز، فإن أجاز نفذ العقد الثاني وإلا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز، بخلاف الإعتاق لأنه لا يؤثر فيه الغرر، ولهذا يجوز إعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لأنَّ فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبيَّن أنه مال الغير، علىٰ أنه رُوِي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتوقف البيع كما

لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الغَرَرُ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ المُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ أَجَازَ البَيْعَ لَمْ يَجُزْ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الإِجَازَةَ مِنْ شُرُوطِهَا قِيَامُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالْمَوْتِ وَكَذَا بِالْقَتْلِ، إِذْ لَا يُمْكِنُ إِيجَابُ البَدَلِ لِلْمُشْتَرِي بِالْقَتْلِ حَتَّىٰ يُعَدَّ بَاقِيًا بِبَقَاءِ البَدَلِ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمُشْتَرِي عِنْدَ القَتْلِ مِلْكًا يُقَابَلُ بِالْبَدَلِ فَتَحَقَّقَ الفَوَاتُ، بِخِلَافِ البَيْعِ الصَّحِيحِ لِأَنَّ مِلْكَ المُشْتَرِي ثَابِتٌ فَأَمْكَنَ إِيجَابُ البَدَلِ لَهُ فَيَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلَفِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَأَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ عَلَىٰ إِقْرَارِ البَائِعِ أَوْ رَبِّ العَبْدِ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْبَيْعِ وَأَرَادَ رَدَّ المَبِيعِ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي الدَّعْوَىٰ، إِذِ الإِقْدَامُ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِصِحَّتِهِ، وَالْبَيِّنَةُ

يتوقف العتق، فإن قيل: هذا التعليل شاملٌ لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضًا لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما ويحتمل أن لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفًا، قلنا: صحَّ بيع الفضولي موقوفًا لِمَا ذكرنا أنَّ فيه نفعًا للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري إلىٰ آخره، فرجَّحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفًا ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثانِي لأنه لم يحك المشتري الأول حتى يطلب مشتريًا فتجرَّد البيع الثانِي عرضةً لغرر الانفساخ.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ الصَّحِيحِ، فإنه إذا باع عبدًا بيعًا صحيحًا ثمَّ قتل في يد البائع لا ينفسخ العقد، لثبوت الملك عند القتل، فأمكن إيجاب البدل له فيعد المبيع قائمًا لقيام خلفه.

مَبْنِيَّةٌ عَلَىٰ صِحَّةِ الدَّعْوَىٰ.

(وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِذٰلِكَ عِنْدَ القَاضِي بَطَلَ البَيْعُ إِنْ طَلَبَ المُشْتَرِي ذٰلِكَ)، لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُسَاعِدَهُ عَلَىٰ ذٰلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الِاتِّفَاقُ بَيْنَهُمَا، فَلِهٰذَا شَرَطَ طَلَبَ المُشْتَرِي. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَىٰ إِقْرَارِ البَائِعِ أَنَّهُ لِلْمُسْتَحِقِّ تُقْبَلُ. وَفَرَّقُوا أَنَّ العَبْدَ فِي هٰذِهِ المَسْأَلَةِ فِي يَدِ المُشْتَرِي. وَفِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَهُوَ المُسْتَحَقُّ، وَشَرْطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَنْ لَا يَكُونُ العَيْنُ سَالِمًا لِلْمُشْتَرِي.

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِذٰلِكَ عِنْدَ القَاضِي، إنَّما قيَّد بقوله: عند القاضي، لأنَّ إقراره إنَّما يثبتُ عند القاضي إذا أقرَّ عنده لأنه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوىٰ.

قوله: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ، ذكر محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في الزيادات: رجلٌ اشترىٰ جاريةً بألف درهمٍ وقبضها ونقد الثمن ثمَّ أقام البينة علىٰ إقرار البائع أنَّ الجارية لفلانٍ وفلانٍ يدَّعيها قبلت بينته، ولا فرقَ بينهما سوىٰ أنَّ البائع هنا أصيلٌ وهناك وكيلٌ، وفرَّقوا أنَّ العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري، وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمةً للمشتري، وإذا كان كذلك يصحُّ دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه، وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصحُّ دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه، وقال بعض مشايخنا: إنَّما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وموضوع الجامع الصغير فيما إذا أقام بينةً علىٰ إقرار البائع قبل البيع، وإقدامه على الشراء ينفي إقرار البائع قبل البيع أنه للمستحق فصار

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدْخَلَهَا المُشْتَرِي فِي بِنَائِهِ لَمْ يَضْمَنَ البَائِعُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: يَضْمَنُ البَائِعُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَصْبِ العَقَارِ وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهِ تَعَالَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

متناقضًا، وللتناقض لا تصحُّ دعواه ولا تسمع بينته، وموضوع الزيادات فيما إذا أقامَ بينةً على إقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق، وإقدامه على الشراء لا ينفي إقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضًا فتقبل بينته، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

## بَابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْكِتَابِ وَهُوَ آيَةُ الْمُدَايَنَةِ، فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: أَشْهَدُ أَنَّ اللهَ تَعَالَىٰ أَحَلَّ السَّلَفَ المَضْمُونَ وَأَنْزَلَ

## باب السلم

هو أخذُ عاجلٍ بآجلٍ، واختصَّ بِهذا الاسم لاختصاصه بحكمٍ يدلُّ الاسم عليه، وهو تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر، وقيل: السلم والسلف بمعنًى، ويسمَّىٰ هذا العقد به لكونه معجلًا علىٰ وقته، فإنَّ أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد، والسَّلم إنَّما يكون عادةً بما ليسَ بموجودٍ في ملكه، فلكون العقد معجلًا علىٰ وقته سُمِّي سلمًا وسلفًا، وهو مشروعٌ بالكتاب فقد قال ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه: أَشْهَدُ أنَّ الله تعالىٰ أحلَّ السلم المؤجل وأنزل فيه أطولَ آيةٍ، وتلا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ورخص في السلم»، وإجماع الأمَّة، والقياس يأبىٰ جوازه لأنَّ المسلم فيه مبيعٌ وهو معدومٌ، وبيع موجودٍ غير مملوكٍ أو مملوكٍ غير مقدور التسليم لا يصحُّ، فبيع المعدوم أحقُّ، ولكنا تركناه بما ذكرنا، ويصح بلفظ البيع بأن يقول: اشترَيت منك كرَّ بُرٍّ صفته كذا بكذا إلىٰ كذا علىٰ أن توفيه في مكان كذا، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: لا يصحُّ لأنه عقدٌ خاصٌّ يثبت بلفظٍ خاصٍ، بخلاف القياس فلا يعدل عنه، ولنا أنَّ كل واحد منهما تمليكُ مالٍ بمالٍ، والبيع اسم جنس فأصيبَ به كما يصاب زيد باسم جنسه.

قوله: السَّلَفَ المَضْمُونَ، أي السَّلم الواجب في الذمة، وهو صفةٌ مقرَّرة لا مميزةٌ، كما في قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُواْ﴾ [المائدة: ٤٤] ﴿وَلَا طَٰٓئِرٍ

فِيهَا أَطْوَلَ آيَةٍ فِي كِتَابِهِ، وَتَلَا قَوْلَهُ تَعَالَىٰ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّىٰ فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآيَةُ. وَبِالسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» وَالْقِيَاسُ وَإِنْ كَانَ يَأْبَاهُ وَلَٰكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ. وَوَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهُ بَيْعُ المَعْدُومِ إِذِ المَبِيعُ هُوَ المُسْلَمُ فِيهِ.

قَالَ: (وَهُوَ جَائِزٌ فِي المَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ» وَالْمُرَادُ بِالْمَوْزُونَاتِ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالْمُسْلَمُ فِيهِ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُثَمَّنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِمَا، ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ المُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الإِمْكَانِ، وَالْعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ

يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ﴾ [الأنعام: ٣٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «ما أبقته الفرائض فلأولىٰ رجل ذكر».

قوله: ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، هذا الاختلاف فيما إذا أسْلَم الحنطة أو غير ذلك من العروض في الدَّراهم أو الدنانير، قال عيسى بن أبان رحمه الله تعالىٰ: يكون عقدًا باطلًا، وكان أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالىٰ يقول: ينعقد بيعًا بثمن مؤجَّل، أمَّا لو كان كلاهما من الأثمان بأن أسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع.

لِأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحِلٍّ أَوْجَبَا العَقْدَ فِيهِ وَلَا يُمْكِنُ ذٰلِكَ.
قَالَ: (وَكَذَا فِي المَذْرُوعَاتِ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُ ضَبْطُهَا بِذِكْرِ الذَّرْعِ وَالصِّفَةِ وَالصَّنْعَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِتَرْتَفِعَ الجَهَالَةُ فَيَتَحَقَّقُ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَمِ،

قوله: وَلَا يُمْكِنُ ذٰلِكَ، لأنَّ الدراهم والدنانير قطُّ لا يكون مبيعًا، لأنَّهما خلقتا ثمنًا والمسلم فيه مبيعٌ.

قوله: وَكَذَا فِي المَذْرُوعَاتِ، نحو الثياب والبسط والحصر والبواري، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز السَّلم في المذروعات، لأنَّ السلم يثبت بخلاف القياس لأنه بيع المعدوم والنصُّ ورد في الكيليِّ والوزنيِّ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلومٍ ووزنٍ معلومٍ»، قلنا: يلحق المذروعات بِهما بدلالة النصِّ، لِمَا أنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ» إنَّما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار امكان التسوية في التسليم علىٰ ما وصف في المسلم فيه، والتسوية كما تتحقَّقُ بالكيل كذلك تتحقَّقُ بالذرع، فيجوز السلم في المذروعات بطريق الدلالة، فإن قيل: إنَّما يجوز العمل بدلالة النص إذا لم يعارضه عبارة النص، وههنا عبارة قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تبع ما ليس عندكَ» ينفي إلحاق المذروع؟ قلنا: العام من الكتاب إذا خصَّ لا يبقى الباقي حجةً عند الحسن فكيف في السنة، وعلى القول المختار وإن بقىٰ حجةً لكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد، بدليل جواز التخصيص بالقياس وخبر الواحد، ولا شك أنَّ دلالة النصِّ أقوىٰ من القياس وخبر الواحد حتَّىٰ وجب إثبات الحدود والكفَّارات بالدلالة ولم يثبت شيءٌ من ذلك بالقياس وخبر الواحد، وذكر في الإيضاح: وإنَّما جوَّزنا السلم في الثياب استحسانًا لأنَّها مصنوع العبد والعبد يصنع بآلةٍ، وإذا اتَّحد الصانع والآلةُ يتحد المصنوع فلا يبقىٰ بعد ذلك إلَّا قليل تفاوت قد يتحمَّل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمَّل في الاستهلاكات، ألا ترىٰ أنَّ الأب لو باع بغبنٍ يسيرٍ

وَكَذَا فِي المَعْدُودَاتِ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتُ كَالْجَوْزِ وَالْبِيضِ، لِأَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبِ مَعْلُومُ القَدْرِ مَضْبُوطُ الوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِاصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَىٰ إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِ البِطِّيخِ وَالرُّمَّانُ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِتَفَاوُتِ الآحَادِ فِي المَالِيَّةِ يُعْرَفُ العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي بِيضِ النَّعَامَةِ لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَالِيَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلًا. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ كَيْلًا لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيْسَ بِمَكِيلٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدًا أَيْضًا لِلتَّفَاوُتِ. وَلَنَا أَنَّ المِقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالْعَدَدِ وَتَارَةً بِالْكَيْلِ، وَإِنَّمَا صَارَ مَعْدُودًا بِالِاصْطِلَاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلًا بِاصْطِلَاحِهِمَا وَكَذَا فِي الفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيلَ هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمَا اللهُ -. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ. وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصْطِلَاحِهِمَا فَتَبْطُلُ بِاصْطِلَاحِهِمَا وَلَا تَعُودُ وَزْنِيًّا وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

كان متحملًا، ولو استهلك شيئًا يسيرًا وَجَبَ عليه الضمان.

قوله: وَقِيلَ هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ، وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في بيع الفلس بالفلسين في أعيانِهما، ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرقُ لمحمدٍ رحمه الله تعالىٰ بين السلم والبيع، والفرق أنَّ من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعًا وإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقِّهما فعاد ثمنًا

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوز لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعْلُومًا بِبَيَانِ الجِنْسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذٰلِكَ يَسِيرٌ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ. وَلَنَا أَنَّهُ بَعْدَ ذِكْرِ مَا ذَكَرَ يَبْقَىٰ فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَيُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ مَصْنُوعُ العِبَادِ فَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ الثَّوْبَانِ إِذَا نُسِجَا عَلَىٰ مِنْوَالٍ وَاحِدٍ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنِ السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ» وَيَدْخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجْنَاسِهِ حَتَّى العَصَافِيرُ.

قَالَ: (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالْأَكَارِعِ) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذْ هُوَ عَدَدِيٌّ

ما ليسَ من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنًا فإنَّ بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائزٌ فلا يتضمَّن إقدامهما على البيع إبطالًا لذلك الاصطلاح في حقِّهما فبقي ثمنًا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين.

قوله: بِبَيَانِ الجِنْسِ - نحو الإبل - وَالسِّنِّ - نحو الجذع - وَالنَّوْعِ - نحو البختي والعربيّ - وَالصِّفَةِ، نحو السمين والهزيل، بأن يقول: بعيرٌ بختيٌّ بنت مخاض جيِّد، أو عبد تركيٌّ ابن عشرين سنة جيِّد.

قوله: حَتَّى العَصَافِيرُ، جوابُ سؤالٍ بأن يقال: السلم في الحيوان إنَّما لا يصحُّ لتفاوتٍ يعتبَره الناس فيه، والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي أن يصح السلم فيها؟ فأجاب بأنَّ العبرة في المنصوص عليه لعين النصِّ لا للمعنى، والنصُّ لم يفصل بين حيوانٍ وحيوانٍ.

قوله: وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالْأَكَارِعِ، لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، فالتفاوت بين رأسٍ

مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرٌ لَهَا.

قَالَ: (وَلَا فِي الجُلُودِ عَدَدًا وَلَا فِي الحَطَبِ حُزَمًا وَلَا فِي الرَّطْبَةِ جُرُزًا) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذٰلِكَ بِأَنْ بَيَّنَ لَهُ طُولَ مَا يَشُدُّ بِهِ الحُزْمَةَ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَىٰ وَجْهٍ لَا يَتَفَاوَتُ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّىٰ يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ العَقْدِ

ورأسٍ وكراعٍ وكراعٍ معتبر فيما بين الناس يماكسون فيه، ولو أسلم فيه وزنًا اختلفوا فيه.

قوله: وَلَا فِي الجُلُودِ عَدَدًا، أي في جلود الإبل والبقر والغنم إلا إذا بين الطول والعرض والصفة، وقال مالك رحمه الله تعالى: يصح السلم في رؤوس الحيوان وجلوده عددًا لقلة التفاوت.

قوله: وَلَا فِي الحَطَبِ حُزَمًا، أو أوقارًا، لأنَّ هذا مجهولٌ لا يُعرف طوله وعرضه وغلظه، فإن عرف ذلك فهو جائزٌ، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا فِي الرَّطْبَةِ جُرُزًا، بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة وهو القبضة من القتِّ ونحوه أو الحزمة لأنَّها قطعة من الجُرُز وهو القطع، ومنها قولهم: باع القتُّ جرزًا، وما سواه تصحيف، كذا في المغرب، وأما الجِزز بكسر الجيم والزائين المعجمتين جمع الجِزَّة وهي الصوف المجزوز، وهذا ليس بموضعه.

قوله: إِذَا كَانَ عَلَىٰ وَجْهٍ لَا يَتَفَاوَتُ، أي بالشدِّ نحو العصا، أمَّا إذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لإفضائه إلى المنازعة.

قوله: وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّىٰ يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ العَقْدِ إِلَىٰ حِينِ المَحِلِّ، هذه المسئلة علىٰ وجوهٍ أربعةٍ: إن كان المسلم فيه موجودًا عند العقد منقطعًا

إِلَىٰ حِينِ المَحِلِّ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ مُنْقَطِعًا عِنْدَ العَقْدِ مَوْجُودًا عِنْدَ المَحِلِّ أَوْ عَلَى العَكْسِ أَوْ مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذٰلِكَ لَا يَجُوزُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ المَحِلِّ لِوُجُودِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالَ وُجُوبِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُسَلِّفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّىٰ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وَلِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّحْصِيلِ فَلَا بُدَّ مِنِ اسْتِمْرَارِ الوُجُودِ فِي مُدَّةِ الأَجَلِ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ التَّحْصِيلِ. (وَلَوِ انْقَطَعَ بَعْدَ المَحِلِّ فَرَبُّ السَّلَمِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وُجُودَهُ) لِأَنَّ السَّلَمَ قَدْ صَحَّ ..........................................

عن أيدي الناس عند حلول الأجل لا يصح اتفاقًا، وإن كان منقطعًا وقت العقد موجودًا في أيدي الناس عند المحل، أو كان موجودًا عند العقد وعند المحل منقطعًا فيما بينهما لا يصحُّ عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالىٰ، وإن كان موجودًا من وقت العقد إلىٰ وقت المحل يصح اتفاقًا، وحدُّ الانقطاع هو أن لا يوجد في السُّوق الذي يُباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، كذا في الذخيرة، وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا تُسَلِّفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّىٰ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» الحديث، دلَّ علىٰ أنَّ القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد، إذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: «حتى يبدو صلاحها» فائدةٌ، وعلىٰ أنَّ الوجود معتبرٌ من حين العقد إلىٰ حين المحلِّ.

قوله: وَلَوِ انْقَطَعَ بَعْدَ المَحِلِّ فَرَبُّ السَّلَمِ بِالْخِيَارِ، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: يبطل العقد ويستَرد رأس المال[1] للعجز عن تسليمه، فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين.

(١) هكذا في (ب)، ووقع ههنا التصحيف في نصِّ المطبوعتين.

وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كَإِبَاقِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي السَّمَكِ المَالِحِ وَزْنًا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ مَعْلُومُ القَدْرِ مَضْبُوطُ الوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ إِذْ هُوَ غَيْرُ مُنْقَطِعٍ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ عَدَدًا) لِلتَّفَاوُتِ.

قَالَ: (وَلَا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ إِلَّا فِي حِينِهِ وَزْنًا مَعْلُومًا وَضَرْبًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ فِي زَمَانِ الشِّتَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ لَا يَنْقَطِعُ يَجُوزُ مُطْلَقًا، وَإِنَّمَا يَجُوزُ وَزْنًا لَا عَدَدًا لِمَا ذَكَرْنَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي لَحْمِ الكِبَارِ مِنْهَا وَهِيَ الَّتِي تُقَطَّعُ اعْتِبَارًا بِالسَّلَمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا خَيْرَ فِي السَّلَمِ فِي اللَّحْمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: إِذَا وَصَفَ مِنَ اللَّحْمِ مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ) لِأَنَّهُ

قوله: وَالْعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَىٰ شَرَفِ الزَّوَالِ، بأن يصبر إلىٰ أن يوجد وبه فارق الهلاك، فالمعقود عليه في البيع عينٌ ثمَّ فات أصلًا، وفي السلم المعقود عليه دينٌ في الذمة وهو باقٍ لبقاء الذمّة.

قوله: وَقَالَا: إِذَا وَصَفَ مِنَ اللَّحْمِ مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ، وفي الذخيرة: وعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ إذا بيَّن الجنس بأن قال: شاةٌ أو بقرةٌ، وبيَّن السِّنَّ بأن قال: جذع أو ثني، وبيَّن النوع بأن: قال خصيٌّ أو فحلٌ، وبيَّن صفة اللحم بأن قال: سمينٌ أو مهزولٌ، وبيَّن الموضع بأن قال: من الجنب مثلًا، وبيَّن القدر بأن قال:

مَوْزُونٌ مَضْبُوطُ الوَصْفِ وَلِهٰذَا يُضْمَنُ بِالْمِثْلِ. وَيَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ وَزْنًا وَيَجْرِي فِيهِ رِبَا الفَضْلِ، بِخِلَافِ لَحْمِ الطُّيُورِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ. وَلَهُ أَنَّهُ مَجْهُولٌ لِلتَّفَاوُتِ فِي قِلَّةِ العَظْمِ وَكَثْرَتِهِ أَوْ فِي سِمَنِهِ وَهُزَالِهِ عَلَى اخْتِلَافِ فُصُولِ السَّنَةِ، وَهٰذِهِ الجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ. وَفِي مَخْلُوعِ العَظْمِ لَا يَجُوزُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ الأَصَحُّ، وَالتَّضْمِينُ بِالْمِثْلِ مَمْنُوعٌ. وَكَذَا الِاسْتِقْرَاضُ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ فَالْمِثْلُ أَعْدَلُ مِنَ

عشرة أمناءٍ، فالجهالة تنعدم بهذه الأشياء.

قوله: وَلِهٰذَا يَضْمَنُ بِالْمِثْلِ، أي عند الإتلاف، إيضاحٌ لقوله: مَوْزُونٌ مَضْبُوطُ الوَصْفِ، وكذا قوله: ويصح استقراضه وزنا، لأنَّ الاستقراض لا يصحُّ إلا في المثليات ويجري فيه ربا الفضل لعلَّة الوزن، والوزن وضع لتقدير المثليات فكان مضبوطًا فيصحُّ السَّلم فيه، كما في الإلية والشحم.

قوله: بِخِلَافِ لَحْمِ الطُّيُورِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ وَصْفُ مَوْضِعٍ مِنْهُ، أي من لحم الطيور لأنَّ عضو جنس الطير قليل ولا يشترىٰ لحم العضو عادةً.

قوله: أَوْ فِي سِمَنِهِ وَهُزَالِهِ، وللسمن والهزال درجاتٌ متفاوتةٌ فلا تضبط المالية بذكرهما.

قوله: وَهُوَ الأَصَحُّ، لجواز أن يكون معلولًا بعلتين، فعدم أحدهما لا يدلُّ على عدم الجواز.

قوله: وَكَذَا الِاسْتِقْرَاضُ، أي ممنوعٌ أيضًا، ولئن سَلِم فالمثل أعدل من القيمة لأنه يماثله صورةً ومعنًى، والقيمة لا تماثله صورةً، والموجب الأصلي ردُّ العين فيهما والمثل

الْقِيمَةِ، وَلِأَنَّ الْقَبْضَ يُعَايَنُ فَيُعْرَفُ مِثْلَ الْمَقْبُوضِ بِهِ فِي وَقْتِهِ، أَمَّا الْوَصْفُ فَلَا يُكْتَفَىٰ بِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا مُؤَجَّلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ حَالًّا لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ «وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ». وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

أقرب إلى العين فكان أعدل منهما، ولأنَّ القبض محسوسٌ معاينٌ في القرض فأمكن اعتبار المقبوض ثانيًا بالأوَّل والسلم يقع على الموصوف في الذمة، وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل.

قوله: **وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا مُؤَجَّلًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَجُوزُ حَالًّا لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ «وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»**، فمن أصل الشافعي رحمه الله تعالىٰ حمل المطلق على المقيَّد وهنا لم يحمل مطلق قوله عليه الصلاة والسلام «ورَخَّص في السلم» على المقيَّد من قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسْلَم منكم فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم إلىٰ أجلٍ معلوم» فقال: إنَّما تركتُ أصلي لأنِّي وجدتُ الأصول متعارضةً حيث وجدتُ المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على أصلي، وهذا دأبه كما يقول: تركتُ أصلي في كفارة اليمين لأنِّي وجدت الأصول متعارضةً، فإنَّ صوم المتعة مشروع بصفة التفرق، وصوم الظهار مشروعٌ بصفة التَّتابع فتَركتُ صومَ كفارة اليمين مطلقًا علىٰ حاله، إن شاءَ فرَّق كما في صوم المتعة وإن شاء تابع كما في الظهار، ومن أصل علمائنا رحمهم الله تعالىٰ أنه لا يحمل المطلق على المقيَّد إذا أمْكن العمل بِهما، فأمَّا إذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتَّتابع بطريق الزيادة، وهنا لمَّا وَرَد الإطلاق والتقييد في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الأجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الأجل وصفًا زائدًا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بِهما فعملنا بالزيادة لا على

وَالسَّلَامُ - «إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ» فِيمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ شُرِعَ رُخْصَةً دَفْعًا لِحَاجَةِ المَفَالِيسِ فَلَا بُدَّ مِنَ الأَجَلِ لِيَقْدِرَ عَلَى التَّحْصِيلِ فِيهِ فَيُسَلِّمُ،

طريق حمل المطلق على المقيد.

احتجَّ الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك بالحديث «ورخَّصَ في السَّلَم» فقد أثْبَت في السلم رخصةً مطلقةً، فاشتِراط التأجيل فيه زيادةٌ على النصِّ، والمعنى فيه أنه معاوضةُ مالٍ بمالٍ فيكون الأجل فيه ترفيهًا لا شرطًا كالبيع والإجارة، ولأنَّ الظاهر من حال العاقل أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر علىٰ تسليمه فكان الظاهر أنه يقدر علىٰ تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد، ولئن لم يكن قادرًا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم، ولهذا أوْجَبنا تسليمَ رأس المال علىٰ رب السلم أوَّلًا قبل قبض المسلم فيه، وبِهذا فارقَ الكتابة الحالة قال: فإنِّي لا أجوز الكتابة الحالة فإنَّ العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيءٍ فلا يكون قادرًا على تسليم البدل، وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل إلَّا بمدةٍ، فلهذا لا أجوِّزه إلا مؤجلًا.

وحُجَّتنا فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم منكم فليسلِّم في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم» فقد شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر، والمراد بيان أنَّ الأجل من شرائط السلم كالرجل يقول: من أراد الصلاة فليتوضَّأ، لا أن يكون المراد أنه إذا أسلم مؤجلًا ينبغي أن يكون الأجل معلومًا، وقال صاحب الأسرار فيه: وظاهره تحريم السلم علىٰ من أراد إلا بِهذه الأوصاف كمن قال لآخر: من دخل داري فليدخل غاضَّ البصر، ومن كلمني فليكلم بالصواب، فيقيَّد المطلق في حديث الرخصة بِهذا، وفيه إشكالٌ، لأنه لا يقتضي انحصارَ ما جاز من السلم في المذكور في الحديث، إذ السلم صحَّ في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتًا عن بيان السلم الحال وما رواه ناطقٌ فيصحُّ، ويمكن أن يقال أنَّ الأصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما

وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ لَمْ يُوجَدِ الْمُرَخِّصُ فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَالْأَجَلُ أَدْنَاهُ شَهْرٌ وَقِيلَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَقِيلَ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ يَوْمٍ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ بِمِكْيَالِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَلَا بِذِرَاعِ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يُعْرَفْ مِقْدَارُهُ لِأَنَّهُ تَأَخَّرَ فِيهِ التَّسْلِيمُ فَرُبَّمَا يَضِيعُ فَيُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَا بُدَّ أَنْ

ليسَ عند الإنسان، وما ورد النص بجوازه إلا مؤجلًا، وما رُوِيَ حكاية حالٍ لا عمومَ له وقد أراد به السلم المؤجل إجماعًا فلم يرد غيره لئلَّا يعم.

قوله: وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّسْلِيمِ لَمْ يُوجَدِ الْمُرَخِّصُ، فإن قيل: الرخصة ثابتةٌ في حقِّ من قَدَر على التسليم وفيٍّ حق من لم يقدر، ولو كانت شرعيته دفعًا لحاجة المفاليس لاختصَّ بحالة الإفلاس، قلنا: شرعيته لدفع حاجة المفاليس، والإفلاس أمرٌ باطنٌ لا يمكن الوقوف علىٰ حقيقته، والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليل الحاجة، ونظيره إقامة السفر مقام المشقَّة، وإقامة النكاح مقام الماء في النسب.

قوله: فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تَبِعْ ما ليس عندك»، والأجل أدناه شهرٌ، وهو الأصح، وعليه الفتوىٰ، لأنَّ من حلف ليقضين دينه عاجلًا فقضاه قبل تمام الشهر برَّ، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الآجل، وقيل: ثلاثة أيام كالأجل في شرط الخيار، وقيل: أكثر من نصف يوم لأنَّ المعجل ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه، ولا يبقى المجلس بينهما أكثرَ من نصف يومٍ عادةً.

قوله: وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي في أول كتاب البيوع.

يَكُونَ المِكْيَالُ مِمَّا لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ كَالْقِصَاعِ مَثَلًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ كَالزِّنْبِيلِ وَالْجِرَابِ لَا يَجُوزُ لِلْمُنَازَعَةِ إِلَّا فِي قُرْبِ المَاءِ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا) أَوْ ثَمَرَةِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِهَا لِأَنَّهُ قَدْ يَعْتَرِيهِ آفَةٌ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - حَيْثُ قَالَ «أَرَأَيْتَ لَوْ أَذْهَبَ اللهُ تَعَالَىٰ الثَّمَرَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» وَلَوْ كَانَتِ النِّسْبَةُ إِلَىٰ قَرْيَةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَىٰ مَا قَالُوا كَالْخُشْمُرَانِيِّ بِبُخَارَىٰ وَالْبَسَاخِيِّ بِفَرْغَانَةَ.

قوله: مِمَّا يَنْكَبِسُ بِالْكَبْسِ، أي يمتلي جدًّا إذا بولغ في ملئه.

قوله: وَإِلَيْهِ أَشَارَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَيْثُ قَالَ: «أَرَأَيْتَ»، أي أخبرني لو أذهب الله التمرَ بِمَ يستحلُّ أحدكم مال أخيه يعني به رأس المال، قاله حين سُئِل عن السلم في تمر حائطٍ.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ النِّسْبَةُ إِلَىٰ قَرْيَةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا بَأْسَ بِهِ عَلَىٰ مَا قَالُوا، أي لبيان أنَّ صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية، وفي المبسوط: وإذا أسلم في حنطةٍ من حنطة هراةٍ خاصة وهيَ تنقطع عن أيدي الناس فلا خصومةَ فيه، كما لو أسلم في طعام قراحٍ بعينه، قيل لم يرد بهذا هراة خراسان، وإنما مراده قرية من الفرات تسمَّىٰ هراةً، وطعام تلك القرية يتوهم أن تصيبها آفة لها، أمَّا هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواءٌ، وإن أسلم في ثوبٍ هرويٍّ فلا بأسَ به، ومن أصحابنا من يقول بأنَّ الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام، فالجراد قد يستأصل طعام

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إلَّا بِسَبْعِ شَرَائِطَ: جِنْسٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا حِنْطَةٌ أَوْ شَعِيرٌ (وَنَوْعٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا سَقِيَّةٌ أَوْ بَخْسِيَّةٌ (وَصِفَةٌ مَعْلُومَةٌ) كَقَوْلِنَا جَيِّدٌ أَوْ رَدِيءٌ (وَمِقْدَارٌ مَعْلُومٌ) كَقَوْلِنَا كَذَا كَيْلًا بِمِكْيَالٍ مَعْرُوفٍ وَكَذَا وَزْنًا (وَأَجَلٌ مَعْلُومٌ) وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَيْنَا وَالْفِقْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا (وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ المَالِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَىٰ

هراة ولا يستأصل حوكة هراة، وهذا ضعيفٌ فالوباء قد يستأصل حوكة هراة، ولكن المعنى الصحيح في الفرق أنَّ نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان، فإنَّ الثوب الهرويَّ ما يُنسج على صفة معلومة، فسواء نسج على تلك الصفة بِهراة أو بغيرها يسمى هرويًّا بمنزلة الزندنجي والوذاريِّ، وإلىٰ هذا أشار في الكتاب فقال: الثوب الهرويُّ من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب، يعني بِهذا بيان الجنس، بخلاف الحنطة فإن حنطة الهراة ما تنبت بأرض هراة حتى أنَّ النابت في موضع آخر لا ينسب إلى هراة وإن كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينًا للمكان وذلك يتوهم انقطاعه، قال مشايخنا: إن نسب إلىٰ موضع يعلم أنَّ مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد أيضًا، كَالْخُشْمُرَانِيِّ بِبُخَارَىٰ، فإنه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختصُّ به ما ينبت بتلك القرية فكأنه قال: في حنطة جيدة.

قوله: سَقِيَّةٌ أَوْ بَخْسِيَّةٌ، السقي ما يُسقى سيحًا، فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، والبخسي بخلافه منسوب إلى البخس وهي الأرض التي يسقيها السماء لأنَّها مبخوسة الحظِّ من الماء.

قوله: وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلما منكم» إلى آخره، وَالْفِقْهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا، وهو قوله: ولأنَّ الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة.

قوله: وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِ رَأْسِ المَالِ إذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَىٰ مِقْدَارِهِ، احترز به عمَّا إذا كان رأس المال ثوبًا لأنَّ الذرع وصفٌ لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف

مِقْدَارِهِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَتَسْمِيَةُ الْمَكَانِ الَّذِي يُوفِيهِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) وَقَالَا: لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَسْمِيَةِ رَأْسِ الْمَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا وَلَا إِلَىٰ مَكَانِ التَّسْلِيمِ وَيُسَلِّمُهُ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ، فَهَاتَانِ مَسْأَلَتَانِ. وَلَهُمَا فِي الْأُولَىٰ أَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِالْإِشَارَةِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ وَالْأُجْرَةَ وَصَارَ كَالثَّوْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ رُبَّمَا يُوجَدُ بَعْضُهَا زُيُوفًا وَلَا يَسْتَبْدِلُ فِي الْمَجْلِسِ، فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَهُ لَا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ أَوْ رُبَّمَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَحْصِيلِ الْمُسْلَمِ فِيهِ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ رَدِّ

بعد الإشارة ليس بشرطٍ، ولهذا لو اشترىٰ ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة لا يحطُّ عنه شيء من الثمن، والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط إعلامه لأنَّ الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فجهالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي إلىٰ جهالة المسلم فيه فيفسد العقد.

قوله: فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ، بأن يقول: اشتريتُ بهذه الدراهم، ولم يبين مقدارها، وَالْأُجْرَةَ، بأن يقول: استأجرتُ بهذه الدراهم، ولم يبيِّن مقدارها.

قوله: وَصَارَ كَالثَّوْبِ، بأن يقول: أسلمتُ هذا الثوب، ولم يبيِّن قدر الذرعان.

قوله: فَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَهُ لَا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ، فإن قيل: في هذا اعتبارٌ لشبهة الشبهة أو أكثر، وذلك لأنَّ وجود بعض رأس المال زيوفًا فيه شبهة واحتمال، لأنه يحتمل أن لا يجد زيفًا وهو الظاهر، وبعد الوجود الردُّ محتمل وبعد الردِّ ترك الاستبدال في مجلس الرد محتملٌ، والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها، قلنا: هذه شبهةٌ واحدةٌ لأنَّ كلًّا منها مبنيٌّ علىٰ وجوده زيفًا فكانت شبهةً واحدةً فيعتبَر والموهوم في هذا العقد كالمتحقِّق لشرعه مع

رَأْسِ المَالِ، وَالْمَوْهُومُ فِي هٰذَا العَقْدِ كَالْمُتَحَقِّقِ لِشَرْعِهِ مَعَ المُنَافِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَأْسُ المَالِ ثَوْبًا لِأَنَّ الذَّرْعَ وَصْفٌ فِيهِ لَا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ عَلَىٰ مِقْدَارِهِ. وَمِنْ فُرُوعِهِ إِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ رَأْسَ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ أَسْلَمَ جِنْسَيْنِ وَلَمْ يُبَيِّنْ مِقْدَارَ أَحَدِهِمَا. وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ أَنَّ مَكَانَ العَقْدِ يَتَعَيَّنُ لِوُجُودِ العَقْدِ المُوجِبِ لِلتَّسْلِيمِ، وَلِأَنَّهُ لَا

المنافي هو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تَبِعْ ما ليسَ عندك»، وأنه بيع المعدوم، ألا ترىٰ أنه عليه الصلاة والسلام كيف اعتبَر الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه، وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجلٍ بعينه.

قوله: وَمِنْ فُرُوعِهِ إِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ، أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا أسْلَم في جنسين ولم يبيِّن رأسَ مال كل واحد منهما بأن أسْلَم مائة درهم في كُرّ بُرٍّ وكُرِّ شعير ولم يبيِّن رأس مال كل واحد منهما لا يصحُّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ إعلام قدر رأس المال شرطٌ فيقسم المائة على البُرِّ والشعير باعتبار القسمة وهيَ تعرف بالحرز والظنِّ فلا يكون قدر رأس مال كلِّ واحد منهما معلومًا، حتَّىٰ لو كانا من جنسٍ واحدٍ يصحُّ، لأنَّ رأس المال ينقسم عليهما على السواء، أو أسْلَم جنسين ولم يبيِّن مقدار أحدهما بأن أسْلَم دراهم ودنانير في كُرِّ بُرٍّ وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصحُّ عنده، لأن إعلام قدر رأس المال شرطٌ عنده، فإذا لم يعلم أحدهما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر، لجهالة حصة الآخر أو لاتحاد الصفقة.

قوله: وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ، أي في المسئلة الثانية وهيَ بيان مكان الإيفاء لا يحتاج إليه عندهما، ولكن إذا شرطاه صحَّ، وإن لم يشرطاه يتعيَّن مكان العقد للتسليم لوجود العقد فيه، أو: لِأَنَّهُ لَا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرَ فِيهِ، أي في كونه مكان العقد، فإن قيل: لو تعيَّن مكان

**يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرَ فِيهِ فَيَصِيرُ نَظِيرُ أَوَّلِ أَوْقَاتِ الإِمْكَانِ فِي الأَوَامِرِ**

العقد لَفَسَد ببيان مكان آخر كما في بيع العين، فإنه لو اشترىٰ كرَّ حنطةٍ وَشَرَط على البائع الحمل إلىٰ منزله فإنَّ البيع يفسد، سواءٌ اشتَراه في المصر أو خارج المصر، اشتَراه بجنسه أو بخلاف جنسه، والمسئلة في الذخيرة، قلنا: لمَّا عيَّن مكانًا آخر بالنصِّ صار أوْلىٰ من مكان العقد الذي كنَّا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نصٍّ، غيرَ أنَّ هذا الشرط يفسد بيع العين لأنَّ المشتري يملك العين بالشراء، فإذا شرط عليه حملًا زائدًا فقد اشتَرط عليه عملًا في ملكه مع ما اشتَرى العين منه، ثمَّ سمَّى الثمن بإزاء ذلك كله فصار ما يقابل الحمل إجارةً فيصير صفقةً في صفقةٍ فيفسد بالشرط الفاسد، وربُّ السلم لا يملكه عينًا قبل القبض فيكون النقل إلىٰ مكانٍ آخر عملًا من البائع في مال نفسه فلا يصير مؤاجرًا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقةً في صفقةٍ فلا يصير فاسدًا، وفي الفوائد الظهيرية: فإن قيل: لِمَ قلتم بأنَّ في البيع يتعيَّن مكان البيع مكانًا للتسليم، والدليل علىٰ أنه لا يتعيَّن ما رُوِي عن محمد رحمه الله تعالىٰ في رجل باع طعامًا والطعام في السواد فإن كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيارَ له، وإن كان لا يعلم فله الخيار، ولو تعيَّن مكان البيع مكانًا للتسليم لَمَا كان له الخيار؟ قلنا: مكان البيع يتعيَّن مكانًا للتسليم إذا كان المبيع حاضرًا والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وأنه حاضرٌ في مكان العقد فيكون المبيع حاضرًا بحضوره، وفي بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مكان البيع يستحقُّ تسليمه فيه، وإن كان غائبًا يستحقُّ تسليمه في المكان الذي استحقَّ تسليم الثمن، وفي السلم يستحقُّ تسليمَ رأس المال في مكان العقد فليستحق تسليمَ ما يقابله في ذلك المكان أيضًا تسويةً بينهما بقدر الوسع والإمكان.

قوله: **فَيَصِيرُ نَظِيرُ أَوَّلِ أَوْقَاتِ الإِمْكَانِ فِي الأَوَامِرِ**، يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أوَّل وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث إنه كما لم

فَصَارَ كَالْقَرْضِ وَالْغَصْبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الحَالِّ فَلَا يَتَعَيَّنُ، بِخِلَافِ القَرْضِ وَالْغَصْبِ، وَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ فَالْجَهَالَةُ فِيهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، لِأَنَّ قِيَمَ الأَشْيَاءِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيَانِ، وَصَارَ كَجَهَالَةِ الصِّفَةِ، وَعَنْ هٰذَا قَالَ

يزاحم لهذا المكان مكانٌ آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمانٌ آخر، لعدم صلاحية ما مضىٰ للوجوب وعدم ما سيأتي من الزمان، ويحتمل أن يراد مكان العقد يصير نظير أوّل أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة علىٰ قول الكرخي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَصَارَ كَالْقَرْضِ وَالْغَصْبِ، فإنَّ التسليم فيهما يجب في مكان تحقُّق القرض والغصب.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ التَّسْلِيمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الحَالِّ، أي في السلم، وإنَّما استحقاق التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدرىٰ أنه في أيِّ مكان يكون، ثمَّ قال: أرأيتَ لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجَّة البحر كان يتعيَّن موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل، وهذا ممَّا لا يقوله عاقلٌ.

قوله: وَصَارَ كَجَهَالَةِ الصِّفَةِ، يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الأمكنة يختلف القيم، فصار جهالة مكان التسليم كجهالة الصفة.

قوله: وَعَنْ هٰذَا، أي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما في الصفة، أي الاختلاف في صفة الثمن أو المثمَّن يوجب التحالف، وفي كتاب الدعوى: الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في حقِّ جريان التحالف، وقيل علىٰ عكسه أي لا يوجب التحالف عنده، وعندهما يوجب لأنَّ تعيين المكان عندهما لمَّا ثبت بمجرَّد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد، والاختلاف فيهما يوجب التحالف بالإجماع

مَنْ قَالَ مِنَ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - إِنَّ الِاخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَهُ يُوجِبُ التَّخَالُفَ كَمَا فِي الصِّفَةِ. وَقِيلَ عَلَىٰ عَكْسِهِ لِأَنَّ تَعَيُّنَ المَكَانِ قَضِيَّةُ العَقْدِ عِنْدَهُمَا، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الثَّمَنُ وَالْأُجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ، وَصُورَتُهَا إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا وَجَعَلَا مَعَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا شَيْئًا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ. وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ ذٰلِكَ فِي الثَّمَنِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعِنْدَهُمَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الدَّارِ وَمَكَانُ تَسْلِيمِ الدَّابَّةِ لِلْإِيفَاءِ.

قَالَ: (وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ بَيَانِ مَكَانِ الإِيفَاءِ

فيجبُ أن يكون ههنا كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ تعين المكان لمَّا لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا، وعلىٰ هذا الخلاف الثمن المؤجل بأن باع عبدًا ببُرٍّ موصوف في الذمة إلىٰ أجل يشترط بيان مكان الإيفاء للبُرِّ عنده في الصحيح، وعندهما يتعيَّن مكان العقد والأجرة بأن استأجر دارًا أو دابةً بما له حملٌ ومؤنةٌ دينًا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعيَّن موضع الدار للإيفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بأن اقتسما دارًا وشرط أحدهما علىٰ صاحبه شيئًا مما له حملٌ ومؤنةٌ لزيادة غرسٍ أو بناءٍ في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء لصحَّة القسمة في الصحيح، وعندهما يتعيَّن مكان القسمة للإيفاء، وما لم يكن له حملٌ ومؤنةٌ كالمسك والكافور لا يحتاج فيه إلىٰ بيان مكان الإيفاء بالإجماع، وقيل: ما له حملٌ ومؤنةٌ هو ما يكون بحالٍ لو أمر إنسانًا بحمله إلىٰ مجلس القضاء لا يحمله مجانًا، وقيل: هو ما لا يمكن رفعه بيدٍ واحدةٍ، وقيل: ما يحتاج في نقله إلى المؤنة كالحنطة والشعير، وما لا يحتاج فيه إليها فهو ممَّا لا مؤنة له كالمسك والكافور.

بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ لَا تَخْتَلِفُ قِيمَتُهُ (وَيُوفِيهِ فِي المَكَانِ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهٰذِهِ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالْبُيُوعِ. وَذَكَرَ فِي الإِجَارَاتِ أَنَّهُ يُوفِيهِ فِي أَيِّ مَكَان شَاءَ، وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا سَوَاءٌ، وَلَا وُجُوبَ فِي الحَالِّ. وَلَوْ عَيَّنَا مَكَانًا، قِيلَ لَا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ يُفِيدُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ عَيَّنَ المِصْرَ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يُكْتَفَىٰ بِهِ لِأَنَّهُ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فِيمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ حَتَّىٰ يَقْبِضَ رَأْسَ المَالِ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ فِيهِ) أَمَّا إِذَا كَانَ مِنَ النُّقُودِ فَلِأَنَّهُ افْتِرَاقٌ عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَقَدْ «نَهى النَّبِيُّ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ الكَالِئِ بِالْكَالِئِ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا» ، فَلِأَنَّ السَّلَمَ أَخْذُ عَاجِلٍ بِآجِلٍ، إِذِ الإِسْلَامُ وَالْإِسْلَافُ يُنْبِئَانِ عَنِ التَّعْجِيلِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الِاسْمِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ المَالِ لِيَتَقَلَّبَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ فِيهِ فَيَقْدِرُ عَلَى التَّسْلِيمِ،

قوله: وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، كالثوب والحيوان فلأنَّ السلم أخذ عاجلٍ بآجلٍ فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلًا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلًا ليكون حكمه ثابتًا علىٰ ما يقتضيه الاسم لغةً، كالصرف والحوالة والكفالة، فإنَّ هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغةً، فكان ينبغي أن يشترط اقتران القبض بالعقد فإنه أتمَّ ما يكون من التعجيل، ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرًا كما في عقد الصَّرف، وقال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ: يجوز عقد السلم وإن لم يقبض رأس المال يومًا أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلًا لأنه يعدُّ عاجلًا عرفًا.

وَلِهٰذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ السَّلَمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْض لِكَوْنِهِ مَانِعًا مِنَ الِانْعِقَادِ فِي حَقِّ الحُكْمِ، وَكَذَا لَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيْبِ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ وَلَوْ أُسْقِطَ خِيَارُ الشَّرْطِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ وَرَأْسُ المَالِ قَائِمٌ جَازَ خِلَافًا لِزُفَرَ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ (وَجُمْلَةُ الشُّرُوطِ جَمَعُوهَا فِي قَوْلِهِمْ: إِعْلَامُ رَأْسِ المَالِ، وَتَعْجِيلُهُ، وَإِعْلَامُ المُسْلَمِ فِيهِ، وَتَأْجِيلُهُ، وَبَيَانُ مَكَانِ

قوله: وَلِهٰذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ السَّلَمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ، إيضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله: وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَسْلِيمِ رَأْسِ المَالِ، لأنَّ الخيار يمنع تمام القبض، لأنه إنَّما يتمُّ إذا كان بناءً على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لأنه يمنع انعقاد العقد في حقِّ الحكم فيمنع تمام العقد والافتِراق قبل تمامه مبطلٌ للعقد، وهذا بخلاف الاستحقاق فإنَّ رأس المال إذا وجد مستحقًّا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض، حتى لو افتَرقا بعد القبض ثمَّ أجاز المالك صحَّ العقد وإن كان الاستحقاق يمنع الملك لأنَّ امتناع الملك ليسَ بقضية السبب فإنَّ السبب وجد مطلقًا لا مانعَ فيه، وإنَّما امتنع الملك لتعلق حقِّ ثالثٍ فإذا أجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه لا يفيد إذ فائدته الردُّ والمسلم فيه دينٌ في الذمة فإذا ردَّ المقبوض عاد دينًا كما كان، بخلاف الاستصناع لأنه مبيع عين فبِرده ينفسخ العقد فكان مفيدًا، ولأنَّ إعلام الدين بذكر الصفة إذ لا يتصوَّر فيه المعاينة فقال ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية.

قوله: وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وهو ما إذا باع إلىٰ أجلٍ مجهولٍ ثمَّ أسقط الأجل.

قوله: إِعْلَامُ رَأْسِ المَالِ، أي قدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود، وإعلام المسلم فيه قدرًا وجنسًا وصفةً والقدرة علىٰ تحصيله بأن كان موجودًا من حين

الإِيفَاءِ، وَالْقُدْرَةُ عَلَىٰ تَحْصِيلِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ مِائَتَي دِرْهَمٍ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ مِائَةٌ مِنْهَا دَيْنٌ عَلَىٰ المُسْلَمِ إِلَيْهِ، وَمِائَةٌ نَقْدٌ فَالسَّلَمُ فِي حِصَّةِ الدَّيْنِ بَاطِلٌ) لِفَوَاتِ القَبْضِ (وَيَجُوزُ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ) لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهِ وَلَا يَشِيعُ الفَسَادَ لِأَنَّ الفَسَادَ طَارِئٌ، إِذِ السَّلَمُ وَقَعَ صَحِيحًا، وَلِهٰذَا لَوْ نَقَدَ رَأْسَ المَالِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ يَبْطُلُ بِالِافْتِرَاقِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهٰذَا

العقد إلىٰ حين المحلِّ.

قوله: مِائَةٌ مِنْهَا دَيْنٌ عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ، إنَّما قيَّد بقوله: عَلَى المُسْلَمِ إِلَيْهِ، لأنه لو قال: أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي على فلان، يبطل العقد في الكل وإن نقد مائةً، لأن اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسدٌ للعقد، وهذا فسادٌ مقارنٌ للعقد فأوْجَب فساد الكل.

قوله: وَلَا يَشِيعُ الفَسَادَ، وهذا لا يشكل علىٰ قولهما لأنَّ الفساد إذا تمكَّن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فمشكلٌ، لأنه إذا ورد العقد علىٰ شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر أيضًا لأنه يصير قبول الفاسد شرطًا لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورةً، إلا أنَّ هذا في الفساد المقارن الذي تمكَّن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ، وهذا فساد طارئٌ لأنَّ قبض رأس المال في المجلس شرطٌ لبقاء العقد على الصحة، أمَّا العقد في ذاته فقد وقع صحيحًا فلهذا المعنى افترقا، وقيل: هذا إذا أسلم مائتين مطلقًا ثمَّ تقاصَّا المائة بما عليه، فأمَّا إذا قال أسلمتُ المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطًا في الباقي فيبطل الجميع، والصحيح أنَّ الجواب فيهما واحد لأنَّ العقد لا يتقيَّد بالدين وإن قيَّد به، وإذا لم يتقيَّد كانت الإضافة إلى الدين

لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَعَيَّنُ فِي البَيْعِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُمَا لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ البَيْعُ فَيَنْعَقِدُ صَحِيحًا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ القَبْضِ المُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ مَبِيعٌ وَالتَّصَرُّفُ فِي المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ لَا يَجُوزُ (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِي المُسْلَمِ فِيهِ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ (فَإِنْ تَقَايَلَا السَّلَمَ لَمْ

والإطلاق سواءً، فإن قيل: ما ذكرتم منتقضٌ بمسائلٍ ثلاثٍ: إحداها: أنَّ الرجل إذا قال: إن بعتُ هذا العبد بِهذا الكرِّ وبِهذه الدراهم فهما في المساكين صدقةٌ، فباعه بِهما يحنث ويلزمه التصدق بالكرِّ والدراهم، وهذا آية تعين النقود في العقود، والثانية: أنَّ الرجل إذا باع دينارًا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبًا فالبيع فاسدٌ، والثالثة: إذا باع عينًا بدينٍ وهما يعلمان أن لا دينَ فالبيع فاسدٌ، ولو كان الإطلاق والتقييد سواءً لجاز العقدان ولَمَا حنث في المسئلة الأولىٰ، قلنا: أمَّا الأولىٰ فنحن ندعي أنَّ النقود لا تتعين في العقود استحقاقًا لا جوازًا فلا يلزم لأنَّها تتعين جوازًا فلذلك حنث ولزمه التصدق بِها، وأمَّا الثالثة فلأنَّ البيع إنَّما لم يجز لمكان التهازل بالبيع لأنَّ هذا بيعٌ بلا ثمنٍ فيكون منهما تَهازلًا به، وهيَ تتعين في حقِّ الجواز، وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاض الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقَّق البيع بلا ثمنٍ فيمتنع الجواز باعتبار التهازل.

قوله: وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ - إلىٰ قوله - وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ، وصورة الشركة أن يقول رب السلم لآخرٍ: أعطني نصف رأس المال حتى تكون شريكًا في المسلم فيه، وصورة التولية أن يقول رب السلم لآخر: اعطني مثل ما أعطيتَ

يَكُنْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنَ المُسْلَمِ إِلَيْهِ بِرَأْسِ المَالِ شَيْئًا حَتَّىٰ يَقْبِضَهُ كُلَّهُ) لِقَوْلِهِ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ» أَيْ عِنْدَ الفَسْخِ، وَلِأَنَّهُ أَخَذَ شَبَهًا بِالْمَبِيعِ فَلَا يَحِلُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَلَا يُمْكِنُ جَعْلُ المُسْلَمِ فِيهِ مَبِيعًا لِسُقُوطِهِ فَجَعَلَ رَأْسَ المَالِ مَبِيعًا لِأَنَّهُ دَيْنٌ مِثْلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبْضُهُ

للمسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لكَ، وإنه بيع بعض المبيع قبل القبض أو بيع كله، فإن قيل: فأيُّ فائدةٍ في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكر الأعمَّ منهما وهو قوله: ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض؟ قلنا: إنَّ أحدًا لا يشتري المسلم فيه مرابحةً لكونه دينًا ولا وضيعةً لكونها ضررًا ظاهرًا، وإنَّما يشتَريه بمثل ما اشتَراه ربُّ السلم رغبةً في كله وهو التولية، أو في بعضه وهو الشركة، ولذلك خصَّهما بالذكر لتصوُّر التصرف فيهما من هذا الوجه.

قوله: لَا تَأْخُذْ إِلَّا سَلَمَكَ – أي المسلم فيه حال بقاء العقد – أَوْ رَأْسَ مَالِكَ، أي عند الفسخ.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وهو حقُّ الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا، وهذا التعليل لبيان أنَّ رأس المال أخذ شبهًا بالمبيع، وهو أنَّ الإقالة في حق غير المتعاقدين كعقدٍ مبتدأٍ وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ إذ لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا لأنه دينٌ يسقط والسلم يثبت الدين، وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال مبيعًا لأنه دينٌ يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورةً.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبْضُهُ فِي المَجْلِسِ، أي إلا أنَّ رأس المال لا يجبُ قبضه

فِي المَجْلِسِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حُكْمِ الِابْتِدَاءِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ اشْتَرَى المُسْلَمُ إِلَيْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لَمْ يَكُنْ قَضَاءً، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاكْتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ جَازَ) لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ

بعد الإقالة في مجلس الإقالة، هذا الاستثناء لجوابِ شبهةٍ وهيَ أنه لمَّا ذكر أنَّ الإقالة بمنزلة بيعٍ جديدٍ كانت إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم، وفي بيع السلم كان قبضُ رأس المال في مجلس البيع شرطًا فيجبُ أن يكون قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة شرطًا، فأجابَ عنه بِهذا وقال: لا يشتَرط قبض رأس المال في مجلس الإقالة وإن كان يشتَرط قبضه في عقد السلم لأنَّ ذلك بيعٌ من كلِّ وجهٍ في حقِّ الكل، وهذا فسخٌ في حقِّ المتعاقدين، وليسَ من ضرورة اشتِراط القبض في البيع من كلِّ وجه اشتِراط القبض في البيع من وجهٍ دون وجهٍ، وذلك لأنَّ اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ، والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقَّق فيه بيع الكالئ بالكالئ فلا يشتَرط القبض.

قوله: وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنه قال: يجوز التَّصرف في رأس مال السلم بعد الإقالة قبل القبض لأنَّهما لمَّا تقايلا السلم وجبت الدراهم دينًا في الذمة فلا يكون استبدالًا برأس المال، كما في عقد الصرف بعد الإقالة، ولأنَّ حرمة الاستبدال لوجوب القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس الإقالة، وقلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض، إلا أنَّ القياس تركناه في السلم لِمَا روينا ولِمَا ذكرنا من المعقول.

قوله: لِأَنَّهُ اجْتَمَعَتِ الصَّفْقَتَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ، صفقةٌ جرت بين المسلم إليه وبائعه

الصَّفْقَتَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ فَلَا بُدَّ مِنَ الكَيْلِ مَرَّتَيْنِ لِنَهْيِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ صَاعَانِ، وَهٰذَا هُوَ مَحْمَلُ الحَدِيثِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالسَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا لٰكِنَّ قَبْضَ المُسْلَمِ فِيهِ لَاحِقٌ وَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ البَيْعِ لِأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً. وَإِنْ جَعَلَ عَيْنَهُ فِي حَقِّ حُكْمٌ خَاصٌّ وَهُوَ حُرْمَةُ الِاسْتِبْدَالِ فَيَتَحَقَّقُ البَيْعُ بَعْدَ

وصفقةٌ جرت بين المسلم إليه وربُّ السلم.

قوله: وَهٰذَا هُوَ مَحْمَلُ الحَدِيثِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية بقوله: ومحمل الحديث إجتماع الصفقتين علىٰ ما نبين.

قوله. وَالسَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا لٰكِنَّ قَبْضَ المُسْلَمِ فِيهِ لَاحِقٌ، جوابُ سُؤالٍ وهو أن يقال: بيع المسلم إليه مع ربِّ السلم سابقٌ علىٰ شراء المسلم إليه من بائعه فلم يكن المسلم إليه بائعًا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي، فأجابَ أنَّ السلم وإن كان سابقًا فقبض المسلم فيه لاحقٌ وللقبض في باب السلم حكم عقدٍ جديدٍ فكأنَّهما جدَّدا ذلك العقد على المقبوض فيتحقَّق البيع بعد الشراء، وهذا لأنَّ العقد تناول دينًا في ذمته والمقبوض عينٌ والعينُ غير الدَّين حقيقةً وإن جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقدٍ خاصٌّ وهو حرمة الاستبدال، إذ لو جعل غيره لكان استبدالًا بالمسلم فيه وهو حرامٌ، وأمَّا فيما وراءه فهو غيره حقيقةً فصار بائعًا ما اشترىٰ مكايلةً قبل الكيل فيبطل، بخلاف القرض لأنه إعارةٌ حتَّىٰ ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرًا وإلَّا يلزم تمليكُ الشيء بجنسه نسيئةً فلم يتحقَّق الصفقتان بشرط الكيل فيجبُ كيل واحدٌ للمشتري بحقِّ الوكالة، والدليلُ على أنَّ للقبض في باب السلم حكم عقدٍ جديدٍ ما قال في الزيادات: لو أسْلَم إلىٰ أجلٍ مائةَ درهم في كرِّ حنطةٍ ثمَّ اشترى المسلم إليه من ربِّ السلم كرَّ حنطةٍ بمائتي درهمٍ إلىٰ سنةٍ فقبضه

الشِّرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَمًا وَكَانَ قَرْضًا فَأَمَرَهُ بِقَبْضِ الكُرِّ جَازَ لِأَنَّ القَرْضَ إِعَارَةٌ، وَلِهٰذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِعَارَةِ فَكَانَ المَرْدُودُ عَيْنَ المَأْخُوذِ مُطْلَقًا حُكْمًا فَلَا تَجْتَمِعُ الصَّفْقَتَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي كُرٍّ فَأَمَرَ رَبُّ السَّلَمِ أَنْ يَكِيلَهُ المُسْلَمُ إِلَيْهِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً) لِأَنَّ الأَمْرَ بِالْكَيْلِ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفْ مِلْكَ الآمِرِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّيْنِ دُونَ العَيْنِ فَصَارَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ مُسْتَعِيرًا لِلْغَرَائِرِ مِنْهُ وَقَدْ جَعَلَ مِلْكَ نَفْسِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ دَيْنٍ فَدَفَعَ إِلَيْهِ كِيسًا لِيَزِنَهَا المَدْيُونُ فِيهِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا. وَلَوْ كَانَتِ الحِنْطَةُ مُشْتَرَاةً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا صَارَ قَابِضًا لِأَنَّ الأَمْرَ قَدْ صَحَّ حَيْثُ صَادَفَ مِلْكَهُ لِأَنَّهُ مَلَكَ العَيْنَ بِالْبَيْعِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَمَرَهُ بِالطَّحْنِ كَانَ الطَّحِينُ فِي السَّلَمِ لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ وَفِي الشِّرَاءِ لِلْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الأَمْرِ، وَكَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يَصُبَّهُ فِي البَحْرِ فِي السَّلَمِ يَهْلَكُ مِنْ مَالِ المُسْلَمِ إِلَيْهِ وَفِي الشِّرَاءِ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي، وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا،

فلمَّا حل السلم أعْطَاه ذلك الكرَّ لم يجز لأنه اشترىٰ ما باع بأقلَّ ممَّا باعَ قبل نقد الثمن، وإنَّما يكون كذلك إذا جعلا عند القبض كأنَّهما جدَّدا العقد عليه.

قوله: كَانَ الطَّحِينُ فِي السَّلَمِ لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ، ولا يكون لربِّ السلم أن يأخذه، لأنه حينئذٍ يصير مستبدلًا.

قوله: وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا، أي إنَّ الأمر قد صحَّ حيث صادف ملكه، فإن

وَلِهٰذَا يُكْتَفَىٰ بِذٰلِكَ الكَيْلِ فِي الشِّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الكَيْلِ وَالْقَبْضِ بِالْوُقُوعِ فِي غَرَائِرِ الْمُشْتَرِي، وَلَوْ أَمَرَهُ فِي الشِّرَاءِ أَنْ يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ البَائِعِ فَفَعَلَ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا لِأَنَّهُ اسْتَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا فَلَا تَصِيرُ الغَرَائِرُ فِي يَدِهِ، فَكَذَا مَا يَقَعُ فِيهَا، وَصَارَ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَكِيلَهُ وَيَعْزِلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْ بَيْتِ البَائِعِ لِأَنَّ البَيْتَ بِنَوَاحِيهِ فِي يَدِهِ فَلَمْ يَصِرِ الْمُشْتَرِي قَابِضًا. وَلَوِ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالْعَيْنُ وَالْغَرَائِرُ

قيل: في فصل الشراء ينبغي أن لا يصح الأمر أيضًا في حقِّ ثبوت القبض لأنَّ البائع لا يصلح وكيلًا عن المشتري في القبض، حتَّىٰ لو وكله بالقبض نصًّا لم يصح، قلنا: أمره بالطحن لا بالقبض وإنَّما يثبت القبض حكمًا، وجاز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا.

قوله: وَلِهٰذَا يُكْتَفَىٰ بِذٰلِكَ الكَيْلِ فِي الشِّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ، احتِراز عمَّا قيل بأنه لا يكتفىٰ بكيلٍ واحدٍ تمسُّكًا بظاهر ما رُوِيَ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نَهىٰ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري.

قوله: لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ، أي لأنَّ البائعَ نائبٌ عن المشتري في الكيل.

قوله: وَالْقَبْضِ بِالْوُقُوعِ فِي غَرَائِرِ الْمُشْتَرِي، أي القبض يتحقَّق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري، كأنَّ هذا جواب إشكال بأن يقال: أنَّ البائع مسلم فكيف يكون متسلمًا وقابضًا، لأنَّ البائع صار وكيلًا في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكمًا فما وقع بِها يصير في يد المشتري، حتَّىٰ لو كانت الغرائر للبائع رُوِي عن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه لا يصير قابضًا.

قوله: وَلَوِ اجْتَمَعَ الدَّيْنُ وَالْعَيْنُ، بأن اشترىٰ كرَّ حنطةٍ وأسْلَم أيضًا في كرٍّ حنطةٍ

لِلْمُشْتَرِي، إنْ بَدَأَ بِالْعَيْنِ صَارَ قَابِضًا، أَمَّا العَيْنُ فَلِصِحَّةِ الأَمْرِ فِيهِ، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَلِاتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ وَبِمِثْلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، كَمَنِ اسْتَقْرَضَ حِنْطَةً وَأَمَرَهُ أَنْ يَزْرَعهَا فِي أَرْضِهِ، وَكَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ صَائِغٍ خَاتَمًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَزِيدَهُ مِنْ عِنْدِهِ نِصْفَ دِينَارٍ، وَإِنَّ بَدَأَ بِالدَّيْنِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا، أَمَّا الدَّيْنُ فَلِعَدَمِ صِحَّةِ الأَمْرِ، وَأَمَّا العَيْنُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمُلْكِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَصَارَ مُسْتَهْلِكًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَيُنْتَقَضُ البَيْعُ، وَهٰذَا الخَلْطُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جِهَتِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ البُدَاءَةَ بِالْعَيْنِ وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ نَقَضَ البَيْعَ وَإِنْ شَاءَ شَارَكَهُ فِي المَخْلُوطِ لِأَنَّ الْخَلْطَ لَيْسَ بِاسْتِهْلَاكٍ عِنْدَهُمَا.

فالمسلم فيه دينٌ والمشترى عينٌ.

قوله: وَبِمِثْلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، لأنَّ القبض تارةً بيده أو بتخليةٍ منه ومرَّةً باتصاله بملكه، فإن قيل: أليسَ أنَّ الصباغ إذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو ربُّ الثوب قابضًا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضًا هنا باعتباره، قلنا: المعقود عليه ثمَّة الفعل وهو الصَّبغ لا العين وهو الصَّبغ والفعل لا يجاوز الفاعلَ لأنه عرضٌ لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضًا.

قوله: وَهٰذَا الخَلْطُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ، جوابُ سؤالٍ ذكر في الفوائد الظهيرية: فإن قيل: الخلطُ حصل بإذن المشتري فينبغي أن لا ينتقض البيع، قلنا: أنَّ الخلط علىٰ هذا الوجه لم يحصل بإذن المشتري، بل الخلط علىٰ وجهٍ يصير الآمر قابضًا حَصَلَ بإذنه وهو إذا بدأ بالعين، وقال الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: إذا

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرِّ حِنْطَةٍ وَقَبَضَهَا المُسْلَمُ إِلَيْهِ ثُمَّ تَقَايَلَا

كال الدين أوَّلًا ثمَّ كال العين بعده صار قابضًا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكمًا لو كال العين أوَّلًا ثمَّ كال الدين، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ: إن كال العين أوَّلًا يصير قابضًا لهما، وإن كال الدين أوَّلًا يصير قابضًا للعين دون الدين.

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ جَارِيَةً فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، الأصل في جنس هذه المسائل أنَّ في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعيَّن بما يتعيَّن هلاكُ أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الإقالة ابتداءً وبقاءً، والمعنىٰ في ذلك أنَّ الإقالة صحتها بقيام العقد لأنَّها فسخ العقد، وفسخ العقد بدون العقد لا يكون، وفي المقايضة العقد قائمٌ بقيام أحد العوضين لأنَّ قيام العقد عند قيامهما لأنَّ أحدهما لا يتعيَّن لإضافة القيام إليه، وإذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بِهلاك أحدهما لِمَا عُرِف أنَّ الثابت بالشيئين لا يزول بزوال أحدهما فيكون قائمًا بقيام أحدهما فتصحُّ الإقالة، وفي بيع ما يتعيَّن بما لا يتعيَّن قيام العقد بما يتعيَّن لأنَّ ما يتعيَّن له ضرب مزيةٍ علىٰ ما لا يتعيَّن، لأنَّ ما يتعين مالٌ حقيقةً وحكمًا، وما لا يتعيَّن مالٌ حكمًا لا حقيقةً لأنه دينٌ، ولهذا لو قال: مالي في المساكين صدقةٌ، وله ديونٌ علىٰ مليّ أو مفلسٍ لا يدخل، وإذا كان ما يتعين مخصوصًا بضرب مزيةٍ علىٰ ما لا يتعيَّن لا بُدَّ من إبانة هذه المزية، ولا يمكن إبانتها حالة الانعقاد لافتقار الانعقاد إليهما فيجب إبانتها حالة البقاء، فبقينا العقد ببقائه فصحت الإقالة باعتبار بقائه ابتداءً وبقاءً، وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصَّرف تصح الإقالة وإن هلكا أو هلك أحدهما، لأنَّ انعقاد العقد لا يتعلَّق بِهما ابتداءً فكذا في الانفساخ بقاءً، لأنَّ قيام العقد بما يجبُ في الذمة لا بما في اليد، ولا يقال: بأنَّ وجوبَهما في الذمة قد بطل بالقضاء، لأنَّ الديون تقضىٰ بأمثالها، فكان كلُّ واحد من البدلين قائمًا في الذمة بعد القضاء، ولهذا صحَّ الحطُّ والإبراء بعد القضاء.

فَمَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا، وَلَوْ تَقَايَلَا بَعْدَ هَلَاكِ الجَارِيَةِ جَازَ) لِأَنَّ صِحَّةَ الإِقَالَةِ تَعْتَمِدُ بَقَاءَ العَقْدِ وَذٰلِكَ بِقِيَامِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَفِي السَّلَمِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المُسْلَمُ فِيهِ فَصَحَّتِ الإِقَالَةُ حَالَ بَقَائِهِ، وَإِذَا جَازَ ابْتِدَاءً فَأَوْلَىٰ أَنْ يَبْقَى انْتِهَاءً، لِأَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ، وَإِذَا انْفَسَخَ العَقْدُ فِي المُسْلَمِ فِيهِ انْفَسَخَ فِي الجَارِيَةِ تَبَعًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهَا وَقَدْ عَجَزَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهَا (وَلَوِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي بَطَلَتِ الإِقَالَةُ، وَلَوْ تَقَايَلَا

قوله: فَمَاتَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، أي المسلم إليه، وإنَّما سمَّاه مشترِيًا نظرًا إلى اشترائه الجارية بالحنطة التي هي دينٌ فكانت الجارية هيَ المبيعة من كل وجهٍ.

قوله: انْفَسَخَ فِي الجَارِيَةِ تَبَعًا، يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه وإن لم يصحَّ الفسخ في الجارية بعد هلاكها قصدًا، لِمَا عُرِف أنَّ ما يثبت ضمنًا وتبعًا لشيءٍ لا يُعطىٰ له حكم نفسه فيجبُ ردُّ قيمتها، والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو ربُّ السلم، فإن قيل: ينبغي أن لا تصحَّ الإقالة بعد هلاك الجارية لأنَّ الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينًا في الذمة والمسلم فيه أيضًا قد سقط بالإقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة، وذلك يمنع الإقالة هناك فكذا ههنا، وذلك أنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثمَّ تقايلا ثمَّ هلك الآخر تبطل الإقالة، قلنا: في المقايضة الردُّ واجبٌ بعد الإقالة وهلاكُ المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد، وفي السلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن ردُّ عين الجارية واجبًا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصارَ بمنزلة بقاء أحد العوضين في بيع المقايضة، فهناك تصحُّ الإقالة فيه، فكذا هنا.

بَعْدَ مَوْتِهَا فَالْإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي البَيْعِ إِنَّمَا هُوَ الجَارِيَةُ فَلَا يَبْقَى العَقْدُ بَعْدَ هَلَاكِهَا فَلَا تَصِحُّ الإِقَالَةُ ابْتِدَاءً وَلَا تَبْقَى انْتِهَاءً لِانْعِدَامِ مَحِلِّهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ بَيْعِ المُقَايَضَةِ حَيْثُ تَصِحُّ الإِقَالَةُ وَتَبْقَىٰ بَعْدَ هَلَاكِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَىٰ رَجُلٍ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ فَقَالَ المُسْلَمُ إِلَيْهِ: شَرَطْتُ رَدِيئًا وَقَالَ رَبُّ السَّلَم لَمْ تَشْتَرِطْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُسْلَمِ إِلَيْهِ) لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنْكَارِهِ الصِّحَّةَ لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَىٰ رَأْسِ المَالِ فِي العَادَةِ، وَفِي عَكْسِهِ قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ القَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مُنْكِرًا. وَعِنْدَهُمَا القَوْلُ لِلْمُسَلَّمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وَإِنْ أَنْكَرَ

قوله: لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ مُتَعَنِّتٌ، المراد من المتعنِّت شرعًا من ينكر ما ينفعه، والمخاصم من ينكر ما يضرُّه.

قوله: لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ يَرْبُو عَلَىٰ رَأْسِ المَالِ فِي العَادَةِ، فإن قيل: لا نُسلِّم بل رأس المال خيرٌ وإن قلَّ لكونه نقدًا، والمسلم فيه وإن جلَّ فهو نسيئةٌ، قلنا: نعم كذلك إلا أنه متروكٌ هنا بالعرف والعادة، فإنَّ الناس مع وفور عقولهم يقدِّمون علىٰ عقد السلم، وما ذلك إلا لفائدةٍ زائدةٍ رأوها فيه، وكان فيه إلغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدةٍ رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئةً.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ، يعني يدَّعي رب السلم بيان الوصف والمسلم إليه ينكرُ.

الصِّحَّةَ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَلَوْ قَالَ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجَلٌ وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ بَلْ كَانَ لَهُ أَجَلٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ السَّلَمِ) لِأَنَّ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنْكَارِهِ حَقًّا لَهُ وَهُوَ الأَجَلُ، وَالْفَسَادُ لِعَدَمِ الأَجَلِ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ لِمَكَانِ الِاجْتِهَادِ فَلَا يُعْتَبَرُ النَّفْعُ فِي رَدِّ رَأْسِ المَالِ، بِخِلَافِ عَدَمِ الوَصْفِ، وَفِي عَكْسِهِ القَوْلُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُنْكِرُ حَقًّا لَهُ عَلَيْهِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ كَرَبِّ المَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ: شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّبْحِ إِلَّا عَشَرَةَ، وَقَالَ المُضَارِبُ: لَا

قوله: وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ، وهو قوله بعده: بخطوط القول لربِّ السلم عندهما لأنه ينكر حقًّا عليه، إلىٰ آخره.

قوله: وَالْفَسَادُ لِعَدَمِ الأَجَلِ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ، هذا جواب إشكال وهو أن يقال: أنَّ المسلم إليه غير متعنِّت في إنكاره الأجل، لأنه يرد رأس المال ويبقى لنفسه المسلم فيه وهو أنفَع له، لأنَّ الفساد غير متيقن به، لأنَّ الشافعي رحمه الله تعالىٰ يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في ردِّ رأس المال، بخلاف عدم الوصف، لأنَّ فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقَّن به فلا يكون المسلم إليه متعنِّتًا في إنكار الوصف بسلامة أكثر المالين له بهذا الإنكار.

قوله: كَرَبِّ المَالِ إِذَا قَالَ لِلْمُضَارِبِ شَرَطْتُ لَكَ نِصْفَ الرِّبْحِ إِلَّا عَشَرَةَ، ذكر العلامة صاحب النهاية فيها: هذا هو الصواب من نسخةٍ، وقع في بعض النسخ: شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة، وهذا ليسَ بصحيحٍ، لأنه علىٰ ذلك التقدير كان القول قول المضارب، وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال، والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للإمام قاضي خان والتمرتاشي

بَلْ شَرَطْتَ لِي نِصفَ الرِّبْحِ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ الرِّبْحِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - القَوْلُ لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ لِأَنَّـهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَقَدْ اتَّفَقَا عَلَىٰ عَقْدٍ وَاحِدٍ فَكَانَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الصِّحَّةِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ المُضَارَبَةِ لِأَنَّـهُ لَيْسَ بِلَازِمٍ فَلَا يُعْتَبَرُ

والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلفظ الاستثناء، لِمَا ذكرنا أنَّ في صور لفظ الاستثناء كان القول قولُ رب المال، وفي قوله: وزيادة عشرة، كان القول للمضارب بالإجماع، كذا ذكر في النهاية، و ذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين.

قوله: لِأَنَّـهُ لَيْسَ بِلَازِمٍ، أي لأنَّ عقد المضاربة ليسَ بعقدٍ لازمٍ، لأنَّ كل واحد من ربِّ المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة، وإذا كان غير لازمٍ يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين، وإذا ارتفع العقد بالإنكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمنكر وهو ربُّ المال، وأمَّا السلم فعقدٌ لازمٌ فبالاختلاف لا يرتفع العقد وإنَّما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معًا، فكان القولُ قول من يدَّعي الصحة، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّهما اتفقا علىٰ عقدٍ واحدٍ واختلفا في الصحة والفساد فيكون القولُ قول من يدَّعي الصحة، كالمتناكحين إذا اختلفا فأحدهما يدَّعي النكاح بغير شهودٍ والآخر بشهودٍ كان القول قول من يدَّعي بشهودٍ، بخلاف مسئلة المضاربة لأنَّ ثمة ما اتَّفقا علىٰ عقدٍ واحدٍ، لأنَّ المضاربة إذا صحَّت تكون شركةً وإذا فسدت كانت إجارةً للتعامل، وإن كان الظاهر من حاله أنه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله أنه لا يباشر العقد الآخر، ولا يلزم علىٰ ما قلنا إذا اختلفا في النكاح فقال الزوج: تزوجتكِ حين كنت صغيرًا، وقالت المرأة: تزوجتني بعد البلوغ، فإنَّ القول قول الزوج وإن كان فيه فساد العقد لأنَّ ثمَّة ما أقرَّ بالعقد بل أنكر العقد حيث إسنده إلىٰ حال عدم الأهلية، وفي بعض النسخ: ولأنه ليسَ بلازمٍ، من واو العطف وهو الظاهر،

الاِخْتِلَافُ فِيهِ فَيَبْقَىٰ مُجَرَّدُ دَعْوَى اسْتِحْقَاقِ الرِّبْحِ، أَمَّا السَّلَمُ فَلَازِمٌ فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ مَنْ خَرَجَ كَلَامُهُ تَعَنُّتًا فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِهِ بِالاِتِّفَاقِ، وَإِنْ خَرَجَ خُصُومَةً وَوَقَعَ الاِتِّفَاقُ عَلَىٰ عَقْدٍ وَاحِدٍ فَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لِلْمُنْكِرِ وَإِنْ أَنْكَرَ الصِّحَّةَ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ إِذَا بَيَّنَ طُولًا وَعَرْضًا وَرُقْعَةً) لِأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَعْلُومٍ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ ثَوْبُ حَرِيرٍ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مَقْصُودٌ فِيهِ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الجَوَاهِرِ وَلَا فِي الخَرَزِ) لِأَنَّ آحَادَهَا مُتَفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَفِي صِغَارِ اللُّؤْلُؤِ الَّتِي تُبَاعُ وَزْنًا يَجُوزُ السَّلَمُ لِأَنَّهُ مِمَّا يُعْلَمُ بِالْوَزْنِ (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي اللَّبِنِ

لأنه فرقٌ آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللُّزوم وعدمه، والأوَّل فرقٌ آخر باتحاد العقد وتعدُّده، دلَّ عليه قوله: وقد اتفقا علىٰ عقدٍ واحدٍ فكانا متَّفقين على الصحة ظاهرًا، بخلاف المضاربة أي لم يتفقا فيها على عقدٍ واحدٍ لأنَّ الفاسد منه يكون إجارةً.

قوله: إِذَا بَيَّنَ طُولًا وَعَرْضًا، يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصفة، ورقعةً معلومةً، يُقال: رقعة هذا الثوب جيِّدة، يراد به غلظه وثخانته.

قوله: وَإِنْ كَانَ ثَوْبُ حَرِيرٍ لَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ وَزْنِهِ أَيْضًا، وذكر في المبسوط: وإذا أسْلَم في الحرير ينبغي أن يشترط الوزن لأنَّ قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن، وينبغي أن يشترط الطول والعرض مع الوزن لأنَّ المسلم إليه رُبَّما يأتِي وقت حلول الأجل بقطع الحرير بذلك الوزن، ونحن نعلم يقينًا أنه لم يرد به قطع الحرير، وأمَّا في الثياب فلا يشترط الوزن، وذكر شمس الأئمة رحمه الله تعالىٰ: اشتِراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل

وَالْآجُرِّ إِذَا سَمَّىٰ مَلْبَنًا مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٌ لَا سِيَّمَا إِذَا سُمِّيَ الْمَلْبَنُ. قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ لَا يُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَمَا لَا يُضْبَطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ، وَبِدُونِ الْوَصْفِ يَبْقَىٰ مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي طَسْتٍ أَوْ قُمْقُمَةٍ أَوْ خُفَّيْنِ أَوْ نَحْوَ ذٰلِكَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ) لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ السَّلَمِ (وَإِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ فَلَا خَيْرَ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مَجْهُولٌ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذٰلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ اسْتِحْسَانًا) لِلْإِجْمَاعِ الثَّابِتِ بِالتَّعَامُلِ. وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ، ............

والخفة، وفي المنتقىٰ: إذا باع ثوب خزٍّ بثوب خزٍّ يدًا بيدٍ لا يجوز إلَّا وزنًا.

قوله: وَإِنِ اسْتَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذٰلِكَ بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ اسْتِحْسَانًا، لِلْإِجْمَاعِ الثَّابِتِ بِالتَّعَامُلِ، الجوازُ ثابتٌ بالإجماع، وإنَّما الاختلاف في أنه بيعٌ أو عدةٌ أو إجارةٌ، فإن قيل: يشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارعة علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فإنَّ المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وإن كان للناس فيهما تعاملٌ، قلنا: لا كذلك فإنَّ الخلاف فيهما كان ثابتًا في الصَّدر الأول وهذا كان على الاتفاق، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم وقد نَهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع المعدوم، وجه الاستحسان أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام استصنع خاتمًا ومنبرًا، ولأنَّ المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم إلىٰ يومنا هذا من غير نكيرٍ، فنزل منزلة الإجماع، وهو كدخول الحمام بأجرٍ فإنه جائز استحسانًا لتعامل

**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعًا لَا عِدَةً، وَالْمَعْدُومُ قَدْ يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا حُكْمًا، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ العَيْنُ دُونَ العَمَلِ، حَتَّىٰ لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوغًا لَا مِنْ صَنْعَتِهِ**

الناس، والقياس يأبىٰ جوازه لأنَّ مقدار المكث وما يصبُّ من الماء مجهولٌ، وكذا لو قال لسقاء: أعطني شربةً بفلسٍ، أو احتجم بأجرٍ فإنه يجوز لتعامل الناس وإن لم يعرف قدر ما يشرب، ولم يكن قدر ما يحتجم من ظهره معلومًا، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسنٌ»، وقد رأوا الاستصناع حسنًا فكان حسنًا.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعًا لَا عِدَةً، وكان الحاكم الشهيد رحمه الله تعالىٰ يقول: الاستصناع مواعدةٌ وإنَّما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغًا عنه، ولهذا يثبت الخيار لكلٍّ واحد منهما، والصحيح عند الجمهور أنه بيعٌ، لأنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ سمَّاه شراءً فقال: كان المستصنع إذا رآه بالخيار، لأنه اشترىٰ ما لم يره، وذكر فيه القياس والاستحسان وفصَّل بين ما فيه تعاملٌ وبين ما لا تعامل فيه، والمواعيد تجوز قياسًا واستحسانًا في الكلِّ، والمعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا، كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكمًا لعذر النسيان، وكطهارة المستحاضة، كما أنَّ الموجود حقيقةً يجعل معدومًا للعذر، كالماء المعدِّ لدفع العطش يجعل معدومًا حكمًا حتى جاز التيمم لوجوده حقيقةً، فكذلك ههنا المستصنع معدومٌ يجعل موجودًا حكمًا للتعامل، وقد تحقَّقت الحاجة هنا إذ كل أحد لا يجد خفًّا يوافق رجله، أو خاتمًا يوافق أصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة أصله بيع المنافع.

قوله: وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ العَيْنُ دُونَ العَمَلِ، قال أبو سعيد البردعي رحمه الله تعالىٰ: المعقود عليه العمل لأنَّ الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به يدلُّ علىٰ أنه معقودٌ عليه والأديم آلة العمل وإنَّما ينعقد بيعًا عند التسليم، والصحيح أنَّ المعقود عليه هو العين المستصنع فيه، ولهذا لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل

أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ العَقْدِ فَأَخَذَهُ جَازَ، وَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَهُ الصَّانِعُ قَبْلَ أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنِعُ جَازَ، وَهٰذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّهُ اشْتَرَىٰ

العقد فأخذه جاز، فإن قيل: لو كان بيعًا لَمَا بَطَل بموت الصانع أو المستصنع، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ أنَّ الاستصناع يبطل بموت أحدهما، والسلم لا يبطل بموتِهما أو بموت أحدهما، قلنا: للاستصناع شبهٌ بالإجارة من حيث إنَّ فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهٌ بالبيع من حيث إنَّ المعقود عين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان وأثبتنا فيه خيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمنِ في مجلس العقد كما في بيع العين، وفي الذخيرة: وينعقد الاستصناع إجارةً ابتداءً وبيعًا انتهاءً متىٰ أسلم ولكن قبيل التسليم، ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعًا ابتداءً وانتهاءً لكان لا يبطل بموته، كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية، ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعةٍ لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشتريًا ما رآه، والمعنى في ذلك أنَّ المستصنع طلب منه العمل والعين جميعًا ولا بُدَّ من اعتبارهما واعتبارهما جميعًا في حالةٍ واحدةٍ متعذِّر لأنَّ بين البيع والإجارة تنافيًا فجوَّزناه إجارةً ابتداءً لأنَّ عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبَرناهما جميعًا توفيرًا على الأمرين حظُّهما، كما في الهبة بشرط العوض، فإن قيل: لو كان ينعقد إجارةً لكان الصانع يجبر على العمل، قلنا: قد قيل أنه لا خيارَ للصانع، ولأنه إنَّما لم يجبر على العمل وإن كان ينعقد إجارةً لأنه لا يمكنه العمل إلَّا بإتلاف عينٍ، ألا ترىٰ أنَّ المزارع له أن يمتنع من العمل إذا كان البذر من جهته وربُّ الأرض كذلك.

قوله: وَهٰذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ، راجعٌ إلىٰ قوله: أنه يجوز بيعًا لا عدَّةً، والمعقود عليه العين دون العمل، وقوله: وَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ، لِمَا أنَّ في كل واحد منها قولًا آخر.

شَيْئًا لَمْ يَرَهُ وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَهُوَ الْأَصَحُّ، لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ أَيْضًا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ وَغَيْرِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُمَا. أَمَّا الصَّانِعُ فَلِمَا ذَكَرْنَا. وَأَمَّا الْمُسْتَصْنِعُ فَلِأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لَهُ إِضْرَارًا بِالصَّانِعِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَشْتَرِيهِ غَيْرُهُ بِمِثْلِهِ، وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِلنَّاسِ كَالثِّيَابِ، لِعَدَمِ الْمُجَوِّزِ، وَفِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا أَمْكَنَ إِعْلَامُهُ بِالْوَصْفِ لِيُمْكِنَ التَّسْلِيمُ، وَإِنَّمَا قَالَ: بِغَيْرِ أَجَلٍ، لِأَنَّهُ لَوْ ضَرَبَ الْأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ يَصِيرُ سَلَمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا، وَلَوْ ضَرَبَهُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ يَصِيرُ

قوله: إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطْعُ الصَّرْمِ، فإن قيل: قطع الصرم لا يعتبر ضررًا في حقِّه لأنه رضيَ به، قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظنٍّ أنَّ المستصنع مجبورٌ على القبول وأنه مجتهدٌ فيه.

قوله: فَلِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلىٰ قوله: وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ.

قوله: إِذَا أَمْكَنَ إِعْلَامُهُ بِالْوَصْفِ، وصورته أن يجيء إنسانٌ إلىٰ آخر فيقول: اخرز لي خفًّا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهمًا، أو يقول للصانع: اصنع لي خاتمًا من فضتكَ وبيِّن وزنه وصفته، ويسلم الثمن كله، أو بعضه، أو لا يسلم.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ ضَرَبَ الْأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ يَصِيرُ سَلَمًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لربِّ السلم إذا أتىٰ بالمصنوع على الوصف الذي وصفه والمراد الأجل الذي يضرب للسلم،

سَلَمًا بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلِاسْتِصْنَاعِ فَيُحَافَظُ عَلَىٰ قَضِيَّتِهِ، وَيُحْمَلُ الْأَجَلُ عَلَى التَّعْجِيلِ، بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِأَنَّهُ اسْتِصْنَاعٌ فَاسِدٌ فَيُحْمَلُ عَلَى السَّلَمِ الصَّحِيحِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ دَيْنٌ يَحْتَمِلُ السَّلَمَ، وَجَوَازُ السَّلَمِ بِإِجْمَاعٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَفِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ نَوْعُ شُبْهَةٍ فَكَانَ الحَمْلُ عَلَى السَّلَمِ أَوْلَىٰ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فقال في المبسوط: هذا إذا ذكر المدَّة علىٰ سبيل الاستمهال، أمَّا إذا كان على سبيل الاستعجال بأن قال: علىٰ أن يفرغ عنه غدًا أو بعد غدٍ، فهذا لا يكون سلمًا لأنَّ ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم، ألا ترىٰ أنه ذكر أدنىٰ مدَّة يمكنه الفراغ فيها من العمل، ويحكى عن الهندواني أنَّ ذكر المدَّة من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلمًا، وإن كان الصانع هو الذي ذكر المدَّة فهو سلمٌ لأنه يذكره علىٰ سبيل الاستمهال، وقيل: إنَّ ذكر أدنىٰ مدَّةٍ يتمكن فيها من العمل فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم لأنَّ ذلك يختلف باختلاف الأعمال فلا يمكن تقديره بشيءٍ معلومٍ.

قوله: فَيُحَافَظُ عَلَىٰ قَضِيَّتِهِ، يعني أنَّ العمل بحقيقة اللفظ واجب إلَّا إذا صرفه عن الحقيقة صارفٌ، وذكر الأجل لا يصرفه عنها لأنَّ ذكره قد يكون للاستعجال، كما لو قال لخياطٍ: خط هذا الثوب غدًا، فيحمل على حقيقة الاستصناع.

قوله: وَجَوَازُ السَّلَمِ بِإِجْمَاعٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ، أي بإجماع الصحابة.

قوله: وَفِي تَعَامُلِهِمُ الِاسْتِصْنَاعُ نَوْعُ شُبْهَةٍ، فإنَّ عند زُفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز، ولأنه نقل من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم تعاملهم السلم، وتأيَّد الإجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة، وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهةٌ فكان الحمل على السلم أوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

## مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسِّبَاعِ، المُعَلَّمُ وَغَيْرُ المُعَلَّمِ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ العَقُورِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ مَهْرَ البَغِيِّ وَثَمَنَ الكَلْبِ» وَلِأَنَّهُ نَجِسُ

## مسائلُ منثورة

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسِّبَاعِ، المُعَلَّمُ وَغَيْرُ المُعَلَّمِ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ، لا شكَّ في جواز بيع المعلم، وأمَّا بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ أنه إذا كان بحالٍ يقبل التعليم يجوز بيعه، قال رحمه الله تعالىٰ: وهو الصحيح من المذهب، وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعًا به فيكون مالًا محلًّا للبيع، والدليل عليه أنه ذكر في النوادر أنه لو باع الجرَّ وجاز بيعه لأنه يقبل التعليم، وإنَّما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم، وهكذا نقول في الأسد إذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع، وأمَّا النمر فقد اختلف الروايات فيه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، روى الحسن أنه يجوز بيعه، وروىٰ أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه لا يجوز بيعه، وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يجوز بيعه، وبيع الفيل جائزٌ لأنه منتفعٌ به حقيقةً وشرعًا فهو كسائر الحيوانات، وأمَّا الهرَّة فقد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ أنه يجوز بيعها، وسُئِل عطاء عن ثمن الهرَّة؟ فقال لا بأسَ به.

قوله: مَهْرَ البَغِيِّ، أي أجرة الزانية.

العَيْنِ وَالنَّجَاسَةُ تُشْعِرُ بِهَوَانِ المَحَلِّ وَجَوَازُ البَيْعِ يُشْعِرُ بِإِعْزَازِهِ فَكَانَ مُنْتَفِيًا. وَلَنَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ» وَلِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ حِرَاسَةً وَاصْطِيَادًا فَكَانَ مَالًا، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ، بِخِلَافِ الهَوَامِّ المُؤْذِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ قَلْعًا لَهُمْ عَنِ الِاقْتِنَاءِ وَلَا نُسَلِّمُ نَجَاسَةَ العَيْنِ،

قوله: وَلَنَا «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ»، فإن قيل: المدَّعىٰ جواز بيع جميع الكلاب، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير، قلنا: إيراد الحديث لإبطال مذهب الخصم، ولأنَّ الحديث يدلُّ علىٰ جواز بيع جميع الكلاب لأنَّ كل كلبٍ يصلحُ لحراسة الماشية، إذ من عادة الكلاب نباحها عند حسِّ الذئب أو السارق، ولأنه منتفع به حراسةً واصطيادًا فكان مالًا، لأنَّ المال اسم لغير الآدميِّ ممَّا يصلح لمصالح الآدميِّ، فإن قيل: الكلبُ يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالآدميِّ فإنه ينتفع بمنافعه بالإجارة ولا يدلُّ علىٰ أنَّ عينه مالٌ، قلنا: إنَّ الانتفاع بالمنفعة يقعُ من الكلب تبعًا لملك العين لا قصدًا في المنفعة، ألا ترىٰ أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب، فإن قيل: شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة ولا يجوز بيعها، قلنا: إنَّ الخنزير محرَّم العين شرعًا لا يُباح إمساكه لمنفعةٍ بوجهٍ فيثبت الحرمة في كل جزءٍ من الشعر والعظم وسقطت القيمة، ثمَّ الإباحة لضرورة الخرز لا تدلُّ علىٰ رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة، كإباحة لحمه حالة الضرورة لا تدلُّ علىٰ صحة التموُّل وجواز البيع، فأمَّا الكلب فما ثبتَ فيه تحريمٌ مطلقٌ ثمَّ إباحته لضرورةٍ ليبقىٰ ما وراءها على التحريم.

قوله: وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ، فإن قيل: ما رُوِيَ محرَّمٌ وما ذكرتم مبيحٌ

وَلَوْ سُلِّمَ فَيَحْرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ البَيْعِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ. قَالَ: (وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي البِيَاعَاتِ كَالْمُسْلِمِينَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي ذٰلِكَ الحَدِيثِ «فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ» وَلِأَنَّهُمْ مُكَلَّفُونَ مُحْتَاجُونَ كَالْمُسْلِمِينَ.

قَالَ: (إِلَّا فِي الخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ خَاصَّةً) فَإِنَّ عَقْدَهُمْ عَلَى الخَمْرِ كَعَقْدِ

والمحرَّمُ آخرهما ورودًا علىٰ ما عُرف، قلنا: هذا إذا لم يدل الدليل على السبق، وقد دلَّ هٰهنا لأنه عليه الصلاة والسلام كان يشدِّد في أمر الكلاب قلعًا لهم عن الاقتناء، وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرَّم سابقًا لا محالةَ.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّنَا، أي مالٍ متقوِّمٍ.

قوله: كَالْمُسْلِمِينَ، حتَّىٰ أنَّ الذمي إذا باع مكيلًا أو موزونًا بمكيلٍ أو موزونٍ من جنسه متساويًا جاز، ولا يجوز متفاضلًا.

قوله: وَلِأَنَّهُمْ مُكَلَّفُونَ مُحْتَاجُونَ كَالْمُسْلِمِينَ، أي بالإيمان وموجب المعاملات، ولمَّا كانوا مكلفين ولا يمكنهم إقامة ما كلفوا به إلا ببقاء أنفسهم كانوا محتاجين إلىٰ ما تبقىٰ به أنفسهم، كما في حقِّ المسلمين، ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنىٰ، ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة، ومن تلك الأسباب البيع فيجب أن يكون مشروعًا في حقِّهم كما في حق المسلمين ليتمكَّنوا من تبقية أنفسهم لإقامة التكليف.

الْمُسْلِمِ عَلَى الْعَصِيرِ، وَعَقْدُهُمْ عَلَى الْخِنْزِيرِ كَعَقْدِ الْمُسْلِمِ عَلَى الشَّاةِ؛ لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ فِي اعْتِقَادِهِمْ، وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَعْتَقِدُونَ، دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنِّي ضَامِنٌ لَك خَمْسَمِائَةٍ مِنَ الثَّمَنِ سِوَى الْأَلْفِ فَفَعَلَ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَأْخُذُ الْأَلْفَ

قوله: وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا، الخطاب للعُمَّال، أي اجعلوهم ولاة بيعها.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ بِعْ عَبْدَكَ، إلخ، وصورة المسئلة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيعُ إلا بألفٍ وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بالألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد: بع عبدك هذا من هذا الرجل بألفٍ علىٰ أنِّي ضامنٌ لك خمس مائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد: بعتُ، ويكون قوله: بعتُ، جوابًا للكلِّ، ولو لم يوجد إباءً ولا مساومةً ولكن إيجاب العبد بألفٍ حَصلَ عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانًا، أمَّا ضمانه بعد الإباء والمساومة يصحُّ قياسًا واستحسانًا، وذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ: وأصل ذلك أنَّ أصل الثمن لم يشرع بغير مالٍ يقابله، فأمَّا فضول الثمن فيستغنىٰ عن ذلك ويجوز أن يقابله تسمية المال لا حقيقته، ألا ترىٰ أنَّ من باع عبدًا بألفين وقيمته ألفٌ أنَّ الألف الزائد لا يقابله مالٌ إلا تسميةً فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع بأصله، وقد صحَّ شرطه علىٰ غير العاقد هناك أعني غير المرأة فكذلك ههنا، فإن قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة، فإن لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها.

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ في قوله: لو قال بعتُ بألفٍ علىٰ أنِّي ضامنٌ

مِنَ الْمُشْتَرِي وَالْخَمْسَمِائَةِ مِنَ الضَّامِنِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ مِنَ الثَّمَنِ جَازَ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ وَلَا شَيْءَ عَلَى الضَّمِينِ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ

لك خمس مائة من الثمن سوى الألف فباعه جاز البيع للمشتري بألفٍ وخمس مائة على الأجنبيِّ، لأنه جعل زيادةً في الثمن ولا يجوز في حق المشتري، حتَّىٰ لو أدَّى الألف إلى البائع له أن يقبض العبد وليسَ للبائع أن يحبسه لأجل الخمس مائة، ولو أراد المشتري أن يبيعه مرابحةً يبيعه علىٰ ألفٍ، وإن كانت دارًا فللشفيع أخذها بألفٍ، ولو تقايلا البيعَ فللأجنبيِّ أن يستَرد الخمس مائة من البائع، وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الإقالة بيعٌ جديدٌ ينبغي أن لا يستَرد، وكذا لو ردَّه بعيبه بغير قضاء أو بقضاء يسترد، ولو ضمن الأجنبي بأمر المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبةً في حق المشتري، وللبائع أن يحبس العبد حتى يصل إليه ألف وخمس مائة، لأنه لمَّا ضمن بأمر المشتري كان للضمين أن يرجع على المشتري، فصار كأنَّ المشتري اشتراه بألف وخمس مائة، وله أن يبيعه مرابحةً عليه لأنَّ المرابحة تكون بما قامَ عليه وللشفيع أخذها بذلك، ولو أراد المشتري ردَّه بعيب بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ أو تقايلا فالبائعُ يردُّ الألف على المشتري والزيادة على الضمين.

فإن قيل: يجبُ أن لا تصحَّ الزيادة في الثمن من الأجنبيِّ لأنَّ أصل الثمن أن لا يجب على الأجنبيِّ والمبيع لغيره، فكذلك الزيادة يجب أن لا تجوز من الأجنبيِّ إذا كان ما بإزائها يحصلُ لغيره، قلنا: ذكر الفقيه أبو بكر الجصَّاص عن الشيخ أبي الحسن الكرخي رحمهما الله تعالىٰ أنه أوْرَد هذا السؤال ومنع وقال: يجوز أن يكون أصل الثمن على الأجنبي والمثمَّن لغيره، كما تجوز الزيادة في الثمن من الأجنبيِّ وما بإزائها لغيره، وقال: لا يُعرف في هذا روايةٌ منصوصٌ عليها عن أصحابنا، بخلاف ما قلنا، فساغَ لنا المنع، فعلىٰ هذا لا يحتاج إلى الفرق، ثم قال الجصَّاص: هذا المنع الذي ذكر الكرخي

وَالْمُثَمَّنِ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَتَلْتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إِلَىٰ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ وَهُوَ كَوْنُهُ عَدْلًا أَوْ خَاسِرًا أَوْ رَابِحًا، ثُمَّ قَدْ لَا يَسْتَفِيدُ المُشْتَرِي بِهَا شَيْئًا بِأَنْ زَادَ فِي الثَّمَنِ وَهُوَ يُسَاوِي المَبِيعَ بِدُونِهَا فَيَصِحُّ اشْتِرَاطُهَا عَلَى الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ،

ممَّا يبعد، لأنَّ عن أصحابنا روايةٌ في هذا، فإنَّ محمدًا رحمه الله تعالى ذكر في كتاب الصرف وغيره: أنَّ من اشترىٰ شيئًا بدينٍ له علىٰ غيره لا يصحُّ هذا الشراء عند علمائنا، لأنه اشترىٰ بشرط أن يكون تسليم الثمن علىٰ غيره والمثمَّن لغيره، وإذا كان الشراءُ بشرط أن يكون تسليم الثمن علىٰ غيره باطلًا فلأَن يبطل الشراء إذا كان وجوب التسليم والثمن علىٰ غير المشتري أوْلىٰ، وإذا كان كذلك لم يكن بُدٌّ من الفرق، والفرق أنَّ القياس يأبىٰ جواز الزيادة من الأجنبي في الثمن لأنَّها بدل المال معاوضةً من غير أن يحصل بإزائه عوضٌ، وذلك لا يجوز اعتبارًا بأصل الثمن، إلَّا أنَّا تركنا القياسَ بالنصِّ الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبيِّ شرعًا، وهو حديثُ أبي قتادة الأنصاريِّ رضي الله تعالىٰ عنه حين امتنع النبيُّ عليه الصلاة والسلام عن الصلاة علىٰ رجل من الأنصار لمكان دينٍ عليه، قال أبو قتادة: هو عليَّ أو إليَّ أو في مالي، وجوَّز ذلك منه حتى صلَّىٰ على الميت، وذلك القضاء منه بدل المال من غير عوضٍ يحصل بمقابلته والزيادة من الأجنبيِّ في الثمن في معناه فكانت ملحقةً به استدلالًا به، وقال شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام رحمهما الله تعالىٰ: لو استدللنا في جواز التزام الزيادة عن الأجنبيِّ بهذا الحديث وهو حديث أبي قتادة ينبغي أن يجوز من الأجنبي التزام أصل الثمن أيضًا، كما يجوز الزيادة على الثمن لأنَّ حكم الحديث لا يفرق بينها، وبالاتفاق أنَّ التزام أصل الثمن لا يجوز منه، ولأنَّ حكم الحديث إنَّما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الأجنبيِّ يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري، فعُلِمَ أنَّ بينهما فرقًا.

لٰكِنْ مِنْ شَرْطِهَا المُقَابَلَةُ تَسْمِيَةً وَصُورَةً، فَإِذَا قَالَ مِنَ الثَّمَنِ وُجِدَ شَرْطُهَا فَيَصِحُّ، وَإِذَا لَمْ يَقُلْ لَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّىٰ زَوَّجَهَا فَوَطِئَهَا الزَّوْجُ فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ) لِوُجُودِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، وَهُوَ المِلْكُ فِي الرَّقَبَةِ عَلَى

قوله: تَسْمِيَةً، بأن يتكلم بلفظِ من الثمن، وَصُورَةً، بأن يكون المسمَّىٰ بمقابلة المبيع صورةً، وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلًا بالمزيد عليه فأشْبَه بدل الخلع فيصحُّ اشتِراطه على الأجنبي، بخلاف ما إذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لأنَّها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرامٌ.

قوله: فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ، لِوُجُودِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، وَهُوَ المِلْكُ فِي الرَّقَبَةِ، فإن قيل: فعلىٰ هذا كان ينبغي أن يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية، قلنا: وَرَد النهي عن البيع قبل القبض، والنكاح ليس في معناه، لأنَّ البيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل به، ولأنَّ القدرة على التسليم شرطٌ لصحة البيع، وذلك إنَّما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح، ألا ترىٰ أنَّ بيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبقة جائزٌ، وفي الفوائد: وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: اشترىٰ جاريةً ثمَّ زوجها قبل القبض إن تمَّ البيع جاز النكاح، وإن انتقض بطلَ في قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ خلافًا لمحمد رحمه الله تعالىٰ، والمختارُ قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لأنَّ البيعَ متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلًا، والقياس أن يكون قابضًا بنفس التزويج، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، حتَّىٰ إذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لأنَّ التزويج عيبٌ فيها، حتَّىٰ لو وجدها المشتري ذات زوج له أن يردَّها، فالمشتري إذا عيب المعقود عليه يصير قابضًا ويجعل التزويج كالإعتاق أو التدبير، ولكنه استحسن فقال: لا يكون قابضًا لها بنفس التزويج، حتَّىٰ إذا هلكت فهو

الكَمَالِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ. (وَهٰذَا قَبْضٌ) لِأَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ فِعْلُهُ كَفِعْلِهِ (وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا فَلَيْسَ بِقَبْضٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ تَعْيِيبٌ حُكْمِيٌّ فَيُعْتَبَرُ بِالتَّعْيِيبِ الحَقِيقِيِّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ فِي الحَقِيقِيِّ اسْتِيلَاءً عَلَى المَحَلِّ وَبِهِ يَصِيرُ قَابِضًا وَلَا كَذٰلِكَ الحُكْمِيُّ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَغَابَ فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتُهُ مَعْرُوفَةً لَمْ يُبَعْ فِي دَيْنِ البَائِعِ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِيصَالُ البَائِعِ

من مال البائع لأنه لم يتصل من المشتري فعل بِها وإنَّما التزويج عيبٌ من طريق الحكم علىٰ معنىٰ أنه يقلُّ رغبات الناس فيها وينتقص لأجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر، والتزويج لمَّا كان عيبًا من طريق الحكم كان نظير الإقرار عليه بالدين، والمشتري لو أقرَّ عليها بالدين لا يصير قابضًا لها، بخلاف العيب الحسيِّ بأن قَطَعَ يدها أو قَلَعَ عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو إتلاف الجزء من عينها، كذا في المبسوط، فإن قيل: يشكل على هذا الإعتاق والتدبير، فإنَّ المشتري يصير قابضًا بِهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل، قلنا: قال في المبسوط: الإعتاق إنْهَاءٌ للملك فيها وإتلاف للمالية، ولهذا يثبت له الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضًا، وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حقِّ الحرية للمدبَّر به.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَغَابَ - أي قبل نقد الثمن - فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ، وفي الفوائد: وفي قوله: ملك المشتري ظهر بإقراره، إشارةٌ إلىٰ أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع إذا كان لا يدرىٰ أين هو؟ لأنَّ موضوع المسئلة أنَّ العبد في يد البائع، وقول الإنسان فيما في يده مقبولٌ، لكن مع هذا يشترط إقامة البينة ليكون البيع بحجةٍ بالغةٍ، وهذه

إِلَىٰ حَقِّهِ بِدُونِ البَيْعِ، وَفِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ المُشْتَرِي (وَإِنْ لَمْ يَدْرِ أَيْنَ هُوَ بِيعَ العَبْدُ وَأَوْفَى الثَّمَنَ) لِأَنَّ مِلْكَ المُشْتَرِي ظَهَرَ بِإِقْرَارِهِ فَيَظْهَرُ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ مَشْغُولًا بِحَقِّهِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ المُشْتَرِي يَبِيعُهُ القَاضِي فِيهِ، كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ وَالْمُشْتَرِي إِذَا مَاتَ مُفْلِسًا، وَالْمَبِيعُ لَمْ يُقْبَضْ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِهِ، ثُمَّ إِنْ فَضَلَ شَيْءٌ يُمْسَكُ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ حَقِّهِ وَإِنْ نَقَصَ يَتْبَعُ هُوَ أَيْضًا.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ المُشْتَرِي اثْنَيْنِ فَغَابَ أَحَدُهُمَا فَلِلْحَاضِرِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقْبِضَهُ، وَإِذَا حَضَرَ الآخَرُ لَمْ يَأْخُذْ نَصِيبَهُ حَتَّىٰ يَنْقُدَ شَرِيكُهُ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا دَفَعَ الحَاضِرُ

البينة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم، وإنَّما وضع المسئلة في المنقول لأنَّ القاضي لا يبيع العقار على الغائب، ثمَّ قيل: ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثمَّ يبيع لأنَّ بيع القاضي كبيع المشتري، وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي، وفيه نظرٌ لأنَّ المشتري ليسَ له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلًا عنه، وقيل: لا ينصب لأنَّ البيع هنا ليس بمقصودٍ وإنَّما المقصود النظر للبائع إحياءً لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنًا ولا يثبت قصدًا.

قوله: فَلِلْحَاضِرِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقْبِضَهُ، ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلَّا بنقد جميع الثمن، فلو نقد اختلفوا في مواضعَ، الأول: لا يجبر البائع علىٰ قبول نصيب الغائب عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، خلافًا لهما، فإن قبل لا يجبر علىٰ تسليم نصيب الغائب إلى الحاضر، خلافًا لهما، فلو قبض

الثَّمَنَ كُلَّهُ لَمْ يَقْبِضْ إِلَّا نَصِيبَهُ وَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِمَا أَدَّىٰ عَنْ صَاحِبِهِ) لِأَنَّهُ قَضَىٰ دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ عَنْ نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلَا يَقْبِضُهُ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ، وَالْمُضْطَرُّ يَرْجِعُ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ عَنْهُ إِلَىٰ أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا قَضَىٰ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ.

الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد، خلافًا لهما.

قوله: كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، بأن أعار شيئًا ليرهنه فرهنه ثمَّ أفلس الراهن وهو المستعير أو غابَ فافتكَّه المعير يرجع بما أدَّىٰ من الدين على الراهن وإن كان قضىٰ دين الراهن بغير أمره، لأنه مضطرٌّ في القضاء لأنه لا يتمكَّن من الانتفاع بماله إلَّا بقضاء الدين فكذلك ههنا، بخلاف ما لو استأجرا فغابَ أحدهما فنقد الآخر كلَّ الأجر فهو متبرِّعٌ لأنه غير مضطرٍّ لأنه لا حبس للآجر للأجرة، فإن هلك العبد في يد الحاضر رجعَ على الغائب بما نقدَ عنه، فإن هلك بعد ما حضرَ وطلبَ منه هلكَ بما نقدَ عنه، فإن كان حاضرًا فنقدَ فهو متبرِّعٌ.

قوله: كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، وبيان أنه كالوكيل بالشراء أنَّ الصفقة لمَّا كانت واحدةً فإنَّما يثبت الملك لكلِّ واحد منهما بقول صاحبه، إذ لو لم يقبل صاحبه لَمَا ثبت المبدل له فكان كلُّ واحدٍ منهما كالمعاون لصاحبه، فهذا معنىٰ قوله: كالوكيل، وللوكيل أن يرجع على الموكل بما أدَّىٰ عنه وإن يحبسه لاستيفاء حقِّه كذلك ههنا، فإن قيل: لو كان كالوكيل ينبغي أن لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته، كمعير الرهن وكالوكيل بالشراء، قلنا: إنَّ كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه علىٰ ما ذكرنا، فاعتبرت شبهة الوكالة

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِأَلْفِ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ فَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ المِثْقَالَ إِلَيْهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَيَجِبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَبِمِثْلِهِ لَوِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِأَلْفٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مَثَاقِيلُ وَمِنَ الفِضَّةِ دَرَاهِمُ وَزْنُ سَبْعَةٍ لِأَنَّهُ أَضَافَ الأَلْفَ إِلَيْهِمَا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَزْنِ المَعْهُودِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

عند غيبة أحدهما والحقيقة عند حضرتهما عملًا بالشبهين، والعمل على هذا الوجه أولىٰ من العكس لمكان الاضطرار إلىٰ أداء الجميع للانتفاع بنصيبه إذا كان غائبًا.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِأَلْفِ مِثْقَالِ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ فَهُمَا نِصْفَانِ، ولفظ رواية الأصل من الجامع الصغير: بعتُكَ هذه الجارية بألفِ مثقالِ ذهبٍ جيِّدٍ وفضةٍ، ورواية كتاب البيوع: إذا باع جاريةً بألف مثقال فضة وذهب جيد، ولا فرق في الحكم فيما إذا قدَّم الذهب على الفضة أو أخَّره عنها، وكذا في وصف الذهب أو الفضة بالجودة يكون وصفًا فيهما، كما لو قال: عبدي حرٌّ غدًا، أو امرأتِي طالق، أو قال عبده حر وامرأته طالق غدًا، أنَّهما يقعان غدًا جميعًا، وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: اشترىٰ جاريةً بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان، لأنه أضافَ العقدَ إليهما فيشترط بيان صفتهما، بخلاف الدراهم والدَّنانير حيث ينصرف إلى الجيد، وكذا لو قال: له عليَّ مائة مثقال ذهب وفضة، فعليه من كلِّ واحد النصف، فكذا هذا في جميع ما يقرُّ به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضًا، أو سلمًا، أو غصبًا، أو وديعةً، أو بيعًا، أو شراءً، أو مهرًا، أو جعلا في خلع، أو وصية، أو كفالة، أو غير ذلك، وكذا لو قال: له عليَّ كرُّ حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس، فإن قيل: ينبغي أن يتَرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل أو تترجح الفضة لكونها غالبةً في المبايعات؟ قلنا: لمَّا تعارض هذان الوجهان وَجَب المصير إلىٰ قضية الإضافة، ومطلق إضافة المثاقيل إليهما توجب الشركة على السواء.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ جِيَادٍ فَقَضَاهُ زُيُوفًا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَأَنْفَقَهَا أَوْ هَلَكَتْ فَهُوَ قَضَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَرُدُّ مِثْلَ زُيُوفِهِ وَيَرْجِعُ بِدَرَاهِمِهِ) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الوَصْفِ مَرْعِيٌّ كَهُوَ فِي الأَصْلِ، وَلَا يُمْكِنُ رِعَايَتُهُ بِإِيجَابِ ضَمَانِ الوَصْفِ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهِ فَوَجَبَ المَصِيرُ إِلَىٰ مَا قُلْنَا. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، حَتَّىٰ لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا لَا يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ جَازَ فَيَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ وَلَا يَبْقَىٰ حَقُّهُ إِلَّا فِي الجَوْدَةِ، وَلَا يُمْكِنُ تَدَارُكُهَا بِإِيجَابِ ضَمَانِهَا لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا بِإِيجَابِ ضَمَانِ الأَصْلِ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ لَهُ عَلَيْهِ وَلَا نَظِيرَ لَهُ.

قوله: لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الوَصْفِ مَرْعِيٌّ كَهُوَ فِي الأَصْلِ، أي حقُّ رب الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجبٌ رعايته كحقه في الأصل من حيث القدر، وإن كان المقبوض دون حقِّه قدرًا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان، فكذلك إذا كان دون حقه وصفًا، إلا أنه يتعذَّر عليه الرجوع بفضل القيمة لأنه لا قيمةَ للجودة عند المقابلة بجنسها فيردُّ عين المقبوض إن كان قائمًا ومثل المقبوض إن كان مستهلكًا لأنَّ مثل الشيء له حكم عينه.

قوله: لِأَنَّهُ إِيجَابٌ لَهُ عَلَيْهِ، وبهذا فارقَ ضمانَ كسب العبد المأذون على المولىٰ، وضمان المرهون على الراهن وإن كان ملكًا له لأنَّ ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغريم وهذا ضمان ملكه عليه له ولا نظيرَ له، فإن قيل: إيجاب الضمان له عليه إنَّما يكون ممتنعًا لعدم الفائدة، وهنا اشتمل علىٰ فائدة وصوله إلىٰ حقه وهو الجودة، ألا ترىٰ أنَّ من اشترىٰ مالَ نفسه لا يصحُّ لعدم الفائدة، ثمَّ لو أفادَ بأن اشترىٰ مال نفسه مع مال غيره يصحُّ لوجود الفائدة وهو يملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشراء، وكذا يجوز لربِّ المال أن يشتري مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة، قلنا: لا يصحُّ وإن كان فيه فائدةٌ

قَالَ: (وَإِذَا أَفْرَخَ طَيْرٌ فِي أَرْضِ رَجُلٍ فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ) وَكَذَا إِذَا بَاضَ فِيهَا (وَكَذَا إِذَا تَكَنَّسَ فِيهَا ظَبْيٌ) لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ وَلِأَنَّهُ صَيْدٌ وَإِنْ كَانَ يُؤْخَذُ بِغَيْرِ حِيلَةٍ وَالصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ، وَكَذَا الْبَيْضُ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ الصَّيْدِ، وَلِهٰذَا يَجِبُ الجَزَاءُ عَلَى المُحْرِمِ بِكَسْرِهِ أَوْ شَيِّهِ، وَصَاحِبُ الأَرْضِ لَمْ يُعِدَّ أَرْضَهُ لِذٰلِكَ فَصَارَ كَنَصْبِ شَبَكَةٍ لِلْجَفَافِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ دَارَهُ أَوْ وَقَعَ مَا نُثِرَ مِنَ السُّكَّرِ أَوِ الدَّرَاهِمِ فِي ثِيَابِهِ مَا لَمْ يَكُفَّهُ أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَّلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ لِأَنَّهُ عُدَّ

لأنَّ الجودة تبعٌ للدراهم، لأنَّها وصفٌ لها فنقض قبض أصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الأصل تبعًا لتبعه، وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول، بخلاف المستشهد به لأنه ليسَ فيه ذلك.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَكَسَّرَ فِيهَا ظَبْيٌ، وفي بعض الراويات: إِذَا تَكَنَّسَ، أي دخل في الكناس وهو موضعه، وإنَّما قيد بالتكسُّر لأنه لو كسره أحدٌ يكون له.

قوله: وَصَاحِبُ الأَرْضِ لَمْ يُعِدَّ أَرْضَهُ لِذٰلِكَ، وأمَّا إذا هيَّأ بأن حفر بئرًا للصيد ووقع فيها فهو لهُ.

قوله: فَصَارَ كَنَصْبِ شَبَكَةٍ لِلْجَفَافِ، يعني فتعلَّق بِها صيدٌ وأخذه إنسانٌ فهو للآخذ.

قوله: أَوْ كَانَ مُسْتَعِدًّا لَهُ، معطوفٌ علىٰ قوله: مَا لَمْ يَكُفَّهُ، علىٰ تقدير حذف حرف النفي، أي ما كان مستعدًّا له.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَّلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ، حيثُ يكون العسل لصاحب الأرض، لأنه عُدَّ من أنزال الأرض، والنزل الزيادة والفضل، والفرق أنَّ العسل ليسَ فيه معنى

مِنْ أَنْزَالِهِ فَيَمْلِكُهُ تَبَعًا لِأَرْضِهِ كَالشَّجَرِ النَّابِتِ فِيهَا وَالتُّرَابِ الْمُجْتَمِعِ فِي أَرْضِهِ بِجَرَيَانِ الْمَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

* * *

الصيدية لا في الحال ولا في المآل، والأرضُ في يد صاحبها فما فيها يكون في يد صاحبها، وذلك لأنَّ العسل صار قائمًا بأرضه علىٰ وجه القرار، فصار تابعًا لأرضه كالشجر، والزرع ينبت فيها، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

# كِتَابُ الصَّرْفِ

قَالَ: (الصَّرْفُ هُوَ البَيْعُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عِوَضَيْهِ مِنْ جِنْسِ الأَثْمَانِ) سُمِّيَ بِهِ لِلْحَاجَةِ إِلَى النَّقْلِ فِي بَدَلَيْهِ مِنْ يَدٍ إِلَىٰ يَدٍ. وَالصَّرْفُ هُوَ النَّقْلُ وَالرَّدُّ لُغَةً، أَوْ لِأَنَّهُ لَا يُطْلَبُ مِنْهُ إِلَّا الزِّيَادَةَ إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ، وَالصَّرْفُ

## كتاب الصرف

قوله: الصَّرْفُ هُوَ البَيْعُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عِوَضَيْهِ مِنْ جِنْسِ الأَثْمَانِ، أي بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر، سُمِّي به لأنه يحتاج إلىٰ نقل بدليه من يدٍ إلىٰ يدٍ، والصرف هو النقل والردُّ، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱنصَرَفُوا۟ صَرَفَ ٱللَّهُ قُلُوبَهُم﴾ [التوبة: ١٢٧] أو لأنه عقدٌ يرد علىٰ مالٍ لا يقصد به ذاته بل يبتغى به الفضل بطريق التوسُّل، والصرف هو الفضل لغةً كذا قاله الخليل، ومنه سُمِّي التطوع صرفًا لأنه فضلٌ على الفرائض، قال عليه الصلاة والسلام: «من انتمىٰ إلىٰ غير أبيه لا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلًا» أي لا تطوعًا ولا فرضًا، والأموال أنواعٌ: نوع ثمن بكلِّ حالٍ كالنقدين صحبه الباء أو لا، قوبلت بجنسها أو بغيره، ونوع مبيع بكلِّ حالٍ وهو ما ليسَ من ذوات الأمثال كالثياب والدواب والمماليك، ونوع ثمن بوجهٍ مبيع بوجه كالمكيل والموزون، فإنه إذا كان معينًا في العقد كان مبيعًا، وإن لم يكن معينًا وصحبه الباء وقابله مبيعٌ فهو ثمنٌ، ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعةٌ في الأصل، فإن كان رائجًا كان ثمنًا وإن كان كاسدًا كان سلعةً، وهذا لأنَّ الثمن عند العرب ما يكون دينًا في الذمة، كذا قاله الفراء، والنقود لا تستحقُّ بالعقد إلا دينًا في الذمَّة، ولهذا قلنا أنَّها لا تتعين بالتعين فكان ثمنًا علىٰ كلِّ حالٍ، والعروضُ لا

هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَةً، كَذَا قَالَهُ الخَلِيلُ، وَمِنْهُ سُمِّيَتِ العِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرْفًا.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَا يَجُوزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الجَوْدَةِ وَالصِّيَاغَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزْنًا بِوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا» الحَدِيثَ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ العِوَضَيْنِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْتَهُ فَلَا تُنْظِرْهُ، وَلِأَنَّهُ لَا

تستحقُّ بالعقد إلا عينًا فكانت مبيعةً، والسلم في بعضها رخصةٌ شرعيةٌ فلا يخرج به من أن يكون مبيعًا، والمكيل والموزون مستحق عينًا بالعقد تارةً ودينًا أخرىٰ، فيكون ثمنًا في حالٍ مبيعًا في حالٍ، ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه وصح الاستبدال بآخر والمبيع بخلافه.

قوله: وَلَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ العِوَضَيْنِ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالىٰ أنَّ القبض قبل الافتراق شرطُ صحة العقد أو شرط بقائه على الصحة، فعلىٰ قول من يقول أنه شرطُ بقاء العقد على الصحة لا إشكال، وعلىٰ قول من يقول شرط صحة العقد إشكالٌ وهو أن يقال: ما يكون شرط الجواز يشترط حالة العقد كالشَّهادة في باب النكاح والمالية في المبيع، والجوابُ أنَّ اشتراط القبض حالة العقد غير ممكنٌ لِمَا فيه من إثبات اليد علىٰ مال الغير بغير رضاه، فعلّق الجوازَ بقبضٍ يوجد في المجلس لأنَّ لمجلس العقد حكمُ حالة العقد فكان كالموجود عنده حكمًا.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، هو ما روىٰ قبيله: يدًا بيدٍ.

بُدَّ مِنْ قَبْضِ أَحَدِهِمَا لِيَخْرُجَ العَقْدُ عَنِ الكَالِئِ بِالْكَالِئِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ قَبْضِ الآخَرِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ فَوَجَبَ قَبْضُهُمَا سَوَاءٌ كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَصُوغِ، أَوْ لَا يَتَعَيَّنَانِ كَالْمَضْرُوبِ، أَوْ يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا وَلَا يَتَعَيَّنُ الآخَرُ، لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ التَّعْيِينِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا خِلْقَةً فَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ اعْتِبَارًا لِلشُّبْهَةِ فِي الرِّبَا، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الِافْتِرَاقُ بِالْأَبْدَانِ، حَتَّىٰ لَوْ ذَهَبَا عَنِ المَجْلِسِ يَمْشِيَانِ مَعًا فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ نَامَا فِي المَجْلِسِ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِمَا لَا يَبْطُلُ الصَّرْفُ، لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثِبْ مَعَهُ، وَكَذَا المُعْتَبَرُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي قَبْضِ رَأْسِ مَالِ

قوله: فَفِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ التَّعْيِينِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا خِلْقَةً، يريدُ به أنَّ الشبهة في الحرمات ملحقةٌ بالحقيقة.

قوله: لِقَوْلِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ: وَإِنْ وَثَبَ مِنْ سَطْحٍ فَثِبْ مَعَهُ، وفي المبسوط: وعن ابن جبلة قال: سألتُ عبدَ الله بن عُمر رضي الله تعالىٰ عنهم فقلتُ: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصفٍ، فقال: لا تفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقهم حتى تستوفي وإن وثبَ من سطحٍ فثب معه، وليس المراد منه الإطلاق في الوثبة المهلكة، بل هو مبالغةٌ في ترك الافتراق بالأبدان قبل القبض.

قوله: وَكَذَا المُعْتَبَرُ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي قَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ، أي المعتبر تفرق الأبدان لا القيام عن مجلس العقد، بخلاف خيار المخيَّرة لأنه يبطل بالإعراض إذ التخيير تمليكٌ

السَّلَمِ، بِخِلَافِ خِيَارِ المُخَيَّرَةِ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ فِيهِ.

(وَإِنْ بَاعَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ جَازَ التَّفَاضُلُ) لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ (وَوَجَبَ التَّقَابُضُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» (فَإِنِ افْتَرَقَا فِي الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِ العِوَضَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا بَطَلَ العَقْدُ) لِفَوَاتِ الشَّرْطِ وَهُوَ القَبْضُ، وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِيهِ وَلَا الأَجَلُ لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا لَا يَبْقَى القَبْضُ مُسْتَحَقًّا وَبِالثَّانِي يَفُوتُ القَبْضُ المُسْتَحَقُّ، إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الخِيَارُ فِي المَجْلِسِ فَيَعُودُ إِلَى الجَوَازِ لِارْتِفَاعِهِ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرْفِ قَبْلَ قَبْضِهِ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَلَمْ يَقْبِضِ العَشَرَةَ حَتَّى اشْتَرَىٰ بِهَا ثَوْبًا فَالْبَيْعُ فِي الثَّوْبِ فَاسِدٌ) لِأَنَّ القَبْضَ مُسْتَحَقٌّ بِالْعَقْدِ حَقًّا لِلّٰهِ تَعَالَىٰ، وَفِي تَجْوِيزِهِ

فيبطل بما يدلُّ على الردِّ والقيام دليله.

قوله: الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا، أي حرامٌ بطريق إطلاق اسم الملزوم على اللّازم، وقوله: هَاءَ، بوزن هاعَ أي خذ، ومنه: ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [الحاقة: ١٩] أي كلُّ واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاءَ، فيتقابضان.

قوله: لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا لَا يَبْقَى القَبْضُ مُسْتَحَقًّا، أي بشرط الخيار، وَبِالثَّانِي يَفُوتُ القَبْضُ المُسْتَحَقُّ، أي بالأجل.

قوله: إِلَّا إِذَا أُسْقِطَ الخِيَارُ فِي المَجْلِسِ، فيه خلافُ زُفر رحمه الله تعالىٰ، وكذا إذا

فَوَاتُهُ، وَكَانَ يَنبَغِي أَنْ يَجُوزَ العَقْدُ فِي الثَّوْبِ كَمَا نُقِلَ عَنْ زُفَرَ، لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ فَيَنْصَرِفُ العَقْدُ إِلَىٰ مُطْلَقِهَا، وَلٰكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرْفِ مَبِيعٌ لِأَنَّ البَيْعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَلَا شَيْءَ سِوَى الثَّمَنَيْنِ فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ وَبَيْعُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ مَبِيعًا أَنْ يَكُونَ مُتَعَيَّنًا كَمَا فِي المُسْلَمِ فِيهِ.

أسقط الأجل بأن سلم في المجلس.

قوله: وَلٰكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرْفِ مَبِيعٌ، فإن قيل: لو جعل كل واحد منهما مبيعًا لاشترط قيام الملك في كلٍّ واحد منهما حالة العقد، حتى لا يصيرَ بائعًا ما ليسَ عنده ولم يشترط قيام الملك في الدَّراهم والدنانير وقت اعقد فقد ذكر في الكتاب: لو باعَ رجلٌ من آخر دينارًا بدراهم وليس في ملك هذا دينارٌ ولا في ملك ذلك دراهمٌ ثمَّ استقرض هذا دراهم ودفعها إلىٰ مشتريها واستقرض الآخر دينارًا ودفعه إلىٰ مشتريه جازَ، قلنا: الدَّراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمنٌ من كل وجه، وإنَّما يعتبر مثمنًا من وجهٍ بعد العقد لأنَّ اعتباره مثمنًا بسبب العقد، ضرورة أنَّ العقد لا بدَّ له من مثمن، كما لا بُدَّ له من ثمنٍ، فيعتبر كونه مثمنًا بعد العقد لا قبله، فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد، وهذا كما في بيع العرض بالعرض، فإنَّ كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد بوجهٍ من الوجوه لأنه مثمن في الأصل، وإنَّما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورةَ أنَّ العقد لا بُدَّ له من ثمنٍ فيعتبر كونه مثمنًا قبل العقد، حتَّىٰ يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلَّق العقد بِهما ويعتبر كونه ثمنًا بعد العقد، حتى لا ينفسخ العقد بِهلاك أحدهما بعد البيع قبل القبض، كما لو كان ثمنًا من كلِّ وجهٍ، كذا هذا، وإذا اعتُبِرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كلِّ وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلَّق العقد بالمشار إليه.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ مَبِيعًا أَنْ يَكُونَ مُتَعَيَّنًا، جواب إشكالٍ وهو أن يقال:

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً) لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ فِيهِ وَلٰكِنْ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنِ احْتِمَالِ الرِّبَا.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفُ مِثْقَالِ فِضَّةٍ وَفِي عُنُقِهَا طَوْقُ فِضَّةٍ قِيمَتُهُ أَلْفُ مِثْقَالٍ بِأَلْفَيْ مِثْقَالِ فِضَّةٍ وَنَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ أَلْفَ مِثْقَالٍ ثُمَّ افْتَرَقَا فَالَّذِي نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ) لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ وَاجِبٌ فِي المَجْلِسِ لِكَوْنِهِ بَدَلَ الصَّرْفِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الإِتْيَانُ بِالْوَاجِبِ (وَكَذَا لَوِ اشْتَرَاهَا بِأَلْفَيْ مِثْقَالٍ أَلْفٍ نَسِيئَةً وَأَلْفٍ نَقْدًا فَالنَّقْدُ ثَمَنُ الطَّوْقِ) لِأَنَّ الأَجَلَ بَاطِلٌ

لو كان مبيعًا لكان متعينًا، قلنا: ليسَ من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعينًا فالمسلم فيه مبيعٌ غير متعيَّن، ولأنه ليس بمبيعٍ مطلقًا بل هو مبيعٌ من وجهٍ ثمنٌ من وجهٍ، وهو كافٍ لسلب الجواز إذ الشبهة كالحقيقة في الحرمات.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أي من الحديث والمعقول.

قوله: بِخِلَافِ بَيْعِهِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِنِ احْتِمَالِ الرِّبَا، وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز أيضًا، لأنَّ العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد، حتّىٰ لو تبايعا ذهبًا بذهبٍ مجازفةً وافترقا بعد التقابض ثمَّ علما بالوزن أنَّهما كانا متساويين لا يجوز عندنا، خلافًا لزُفر رحمه الله تعالىٰ.

قوله: أَلْفٍ نَسِيئَةً وَأَلْفٍ نَقْدًا، ولو اشتَراها بألفي مثقال فضةٍ نسيئةٍ فسدَ في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، أمَّا الطوق فلفوات التقابض، وأمَّا في الأمة فلأنَّ المفسد مقارن العقد وقد تقرَّر في الكل معنًى من حيث إنَّ قبول العقد في البعض شرطٌ لقبوله في

فِي الصَّرْفِ جَائِزٌ فِي بَيْعِ الجَارِيَةِ، وَالْمُبَاشَرَةُ عَلَىٰ وَجْهِ الجَوَازِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْهُمَا (وَكَذٰلِكَ إِنْ بَاعَ سَيْفًا مُحَلًّى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ فَدَفَعَ مِنَ الثَّمَنِ خَمْسِينَ جَازَ البَيْعُ وَكَانَ المَقْبُوضُ حِصَّةَ الفِضَّةِ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ ذٰلِكَ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذٰلِكَ إِنْ قَالَ: خُذْ هٰذِهِ الخَمْسِينَ مِنْ ثَمَنِهِمَا) لِأَنَّ الِاثْنَيْنِ قَدْ يُرَادُ بِذِكْرِهِمَا الوَاحِدُ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢] وَالْمُرَادُ أَحَدُهُمَا فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ لِظَاهِرِ حَالِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَقَابَضَا حَتَّى افْتَرَقَا بَطَلَ العَقْدُ فِي الحِلْيَةِ) لِأَنَّهُ صَرفَ فِيهَا (وَكَذَا فِي السَّيْفِ إِنْ كَانَ لَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِضَرَرٍ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الضَّرَرِ، وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ كَالْجِذْعِ فِي السَّقْفِ (وَإِنْ كَانَ يَتَخَلَّصُ بِغَيْرِ ضَرَرٍ جَازَ البَيْعُ فِي السَّيْفِ وَبَطَلَ فِي الحِلْيَةِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَصَارَ كَالطَّوْقِ وَالْجَارِيَةِ، وَهٰذَا إِذَا

الباقي، وعندهما لا يفسد في الأمة لأنَّ الفساد يتقدَّر بقدر المفسد عندهما، أمَّا لو اشتَراها بألفي مثقالٍ ولم ينقد من الثمن شيئًا حتى افتَرقا بطل في الطوق دون الجارية بالإجماع، لأنَّ الفساد في الطوق طارئٌ فلا يتعدَّىٰ إلى الأمة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الطَّوْقِ وَاجِبٌ فِي المَجْلِسِ، ولو قال: خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصَّةً، وقال الآخر: نعم، أو قال: لا، وتفرَّقا علىٰ ذلك انتقض البيع في الحلية لأنَّ التَّرجيح في الاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة، ولا مساواةَ بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصَّةً، والقول في ذلك قوله لأنه هو المملك والقول في بيان جهة التمليك إليه، كذا في المبسوط.

كَانَتِ الفِضَّةُ المُفْرَدَةُ أَزْيَدَ مِمَّا فِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ مِثْلَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ أَوْ لَا يَدْرِي لَا يَجُوزُ البَيْعُ لِلرِّبَا، أَوْ لِاحْتِمَالِهِ، وَجِهَةُ الصِّحَّةِ مِنْ وَجْهٍ وَجِهَةُ الفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ فَتَرَجَّحَتْ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ إِنَاءَ فِضَّةٍ ثُمَّ افْتَرَقَا وَقَدْ قَبَضَ بَعْضَ ثَمَنِهِ بَطَلَ البَيْعُ فِيمَا لَمْ يُقْبَضْ وَصَحَّ فِيمَا قُبِضَ وَكَانَ الإِنَاءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ صَرْفٌ كُلُّهُ فَصَحَّ فِيمَا وُجِدَ شَرْطُهُ وَبَطَلَ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ، وَالْفَسَادُ طَارِئٌ

قوله: لِلرِّبَا، أي فيما إذا كانت مثله أو أقلَّ منه، أَوْ لِاحْتِمَالِهِ، أي فيما لا يدرىٰ، وفيه خلاف زُفر رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَجِهَةُ الفَسَادِ مِنْ وَجْهَيْنِ، بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة، ولو استوت الجهتان لتَرجَّحت جهة الفساد احتياطًا فما ظنُّكَ إذا كانت جهة الفساد أكثر، فإن قيل: التَّرجيح إنَّما يكون بشيءٍ لا يكون علةً لإثبات الحكم ابتداءً، وههنا كلُّ واحد من الجهتين أعني المساواة والنقصان من المقرَّر علة عدم الجواز ابتداءً فلا يصلح للتَّرجيح، قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنُّك عند اجتماعهما لا التَّرجيح الحقيقي.

قوله: لِأَنَّهُ صَرْفٌ كُلُّهُ فَصَحَّ فِيمَا وُجِدَ شَرْطُهُ وَبَطَلَ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ، بخلاف مسئلتي الجارية مع الطوق، والسيف مع الحلية، فإنَّ كل واحدة منهما صرفٌ وبيعٌ، فإذا نقد بدل الصرف صحَّ في الكل.

قوله: وَكَانَ الإِنَاءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، ولا يُقال: أنَّ فيه تفريقُ الصَّفقة على المشتري، فينبغي أن يتخيَّر لأنَّ التفرُّق من جهة الشرع باشتِراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك

لِأَنَّهُ يَصِحُّ ثُمَّ يَبْطُلُ بِالِافْتِرَاقِ فَلَا يَشِيعُ. قَالَ: (وَلَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُ الإِنَاءِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ عَيْبٌ فِي الإِنَاءِ (وَمَنْ بَاعَ قِطْعَةَ نُقْرَةٍ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ بَعْضُهَا أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهَا وَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِرْهَمٍ وَدِينَارَيْنِ جَازَ البَيْعُ وَجُعِلَ كُلُّ جِنْسٍ بِخِلَافِهِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا بَاعَ كُرَّ شَعِيرٍ وَكُرَّ حِنْطَةٍ بِكُرَّيْ شَعِيرٍ وَكُرَّيْ حِنْطَةٍ: وَلَهُمَا أَنَّ فِي الصَّرْفِ إِلَىٰ خِلَافِ الجِنْسِ تَغْيِيرَ تَصَرُّفِهِ لِأَنَّهُ قَابَلَ الجُمْلَةَ بِالْجُمْلَةِ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الِانْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ، وَالتَّغْيِيرُ

أحد العوضين، ولأنَّ الشركة وقعت بصنعه وهو الافتِراق قبل نقد كل الثمن.

قوله: وَمِنْ قَضِيَّتِهِ الِانْقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ، بأن ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب، وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب، ومتىٰ وجبت المقابلة هكذا جاء التَّفاضل ضرورةً إذ الحنطة والشعير والدراهم والدنانير من أحد الجانبين أكثرَ فيتحقَّق الربا، وفي صرف الجنس إلىٰ خلافه تغيير تصرُّفه وإثبات مقابلةٍ لا دليلَ عليها في لفظه، نعم فيه تصحيحُ تصرُّفه ولكن تغيير التصرُّف لا يصحُّ لتصحيح التصرف، كما في المسائل المذكورة، ولنا أنَّ العقد يقتضي مطلق المقابلة، لا مقابلة الكل بالكلِّ بطريق الشيوع، ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه، لأنَّها مقابلةٌ مقيَّدةٌ واللفظ المطلق غير متعرِّض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد، وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الإطلاق، وذلك لأنَّ الذات لا يخلو عن

لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَصْحِيحُ التَّصَرُّفِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ قَلْبًا بِعَشَرَةٍ وَثَوْبًا بِعَشَرَةٍ ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابَحَةً لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُ الرِّبْحِ إِلَى الثَّوْبِ، وَكَذَا إِذَا اشْتَرَىٰ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ مِنَ البَائِعِ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ لَا يَجُوزُ فِي المُشْتَرَىٰ بِأَلْفٍ وَإِنْ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِ الأَلْفِ إِلَيْهِ. وَكَذَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ وَقَالَ بِعْتُكَ أَحَدُهُمَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بِصَرْفِهِ إِلَىٰ عَبْدِهِ. وَكَذَا إِذَا بَاعَ دِرْهَمًا وَثَوْبًا بِدِرْهَمٍ وَثَوْبٍ وَافْتَرَقَا مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ فَسَدَ العَقْدُ فِي الدِّرْهَمَيْنِ وَلَا يُصْرَفُ الدِّرْهَمُ إِلَى الثَّوْبِ لِمَا ذَكَرْنَا. وَلَنَا

وصفٍ من الأوصاف كما عُرف في الرقبة، ألا ترىٰ أنه لو أتىٰ بهذه المقابلة ثمَّ قال: علىٰ أن يكون الجنس بخلاف الجنس، يصحُّ ويصير الفرد مقابلًا بالفرد، ولولا الاحتمال لَمَا صحَّ التفسير به ولَمَا كانت هذه المقابلة تحتمل مقابلة الفرد، وهو طريقٌ متعيَّنٌ لتصحيحه وجب أن يحمل عليه تصحيحًا لتصرُّفه، ولهذا وَجَبَ حمل كلامه على المجاز إذا لم يصح إلا بالحمل عليه، وبه تبيَّن أنه ليس بتغييرٍ لكلامه بل هو تعيين أحد المحتملين، ولئن كان فيه تغييرٌ ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا أصله، إذ موجبه الأصلي ثبوت الملك في الكلِّ بمقابلة الكلِّ وهو باقٍ بعده، ولهذا قوبل الفردَ بالفرد في الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين، حتَّىٰ لو قبض كل واحد منهما دينارًا يصحُّ العقد فيه، فلو قوبلت الأجزاء بالأجزاء لَمَا صحَّ لأنَّ المقبوض حينئذٍ يكون مقابلًا بالمقبوض وغير المقبوض، وصار كما لو باعَ نصف عبدٍ مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلىٰ نصيبه وإن كان فيه تقييد كلامه تصحيحًا لتصرُّفه، وكذا لو باع عبدًا بألف درهم وفي البلد نقودٌ مختلفة وبعضها أرْوَج يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحًا لتصرُّفه وإن كان فيه تقييد كلامه.

أَنَّ المُقَابَلَةَ المُطْلَقَةَ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الفَرْدِ بِالْفَرْدِ كَمَا فِي مُقَابَلَةِ الجِنْسِ بِالْجِنْسِ، وَأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيِّنٌ لِتَصْحِيحِهِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَفِيهِ تَغْيِيرُ وَصْفِهِ لَا أَصْلِهِ لِأَنَّهُ يَبْقَىٰ مُوجِبُهُ الأَصْلِيُّ وَهُوَ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي الكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الكُلِّ، وَصَارَ هٰذَا كَمَا إِذَا بَاعَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ نَصِيبِهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ بِخِلَافِ مَا عُدَّ مِنَ المَسَائِلِ. أَمَّا مَسْأَلَةُ المُرَابَحَةِ فَلِأَنَّهُ يَصِيرُ تَوْلِيَةً فِي القَلْبِ بِصَرْفِ الرِّبْحِ كُلِّهِ إِلَى الثَّوْبِ. وَالطَّرِيقُ فِي المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ صَرْفُ الزِّيَادَةِ

قوله: وَفِيهِ تَغْيِيرُ وَصْفِهِ لَا أَصْلِهِ، أي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لِمَا أنَّ وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن الانقسام بالشيوع تغيير أصل العقد لأنَّ أصل العقد العقد الصحيح الذي يُثبت الملك قبل القبض، فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغييرًا لأصل العقد بسبب رعاية وصف العقد، وفي مقابلة الفرد بالفرد إبقاءٌ لأصل العقد علىٰ قضيته وهو ثبوت الملك في الكلِّ قبل القبض مع تغيير الوصف فكان أهْوَن التغييرين فكان أوْلىٰ، وفي المبسوط: ولو صرف الجنس إلىٰ خلاف الجنس صحَّ العقد ولا معارضةَ بين الجائز والفاسد، فالجائزُ مشروعٌ بأصله ووصفه، والفاسدُ مشروعٌ بأصله حرامٌ بوصفه، وإذا لم تتحقَّق المعارضة يتَرجح ما هو مشروعٌ من كل وجهٍ علىٰ ما هو مشروع من وجهٍ.

قوله: فَلِأَنَّهُ يَصِيرُ تَوْلِيَةً، أي تغيير أصل العقد لأنه عقد المرابحة، فلو صحَّحنا تصرُّفه يصير توليةً.

قوله: وَالطَّرِيقُ فِي المَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، أي طريق الجواز، لأنه كما يجوز أن تصرَّف الألف إلى المشتري فكذلك يجوز بأن تصرَّف إليه ألفٌ وواحدٌ أو اثنان أو ثلاثة،

عَلَى الأَلْفِ إِلَى الْمُشْتَرِي. وَفِي الثَّالِثَةِ: أُضِيفَ البَيْعُ إِلَى الْمُنكَّرِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْبَيْعِ وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ. وَفِي الأَخِيرَةِ: انْعَقَدَ العَقْدُ صَحِيحًا وَالْفَسَادُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَكَلَامُنَا فِي الِابْتِدَاءِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ جَازَ البَيْعُ وَتَكُونُ العَشَرَةُ بِمِثْلِهَا وَالدِّينَارُ بِدِرْهَمٍ) لِأَنَّ شَرْطَ البَيْعِ فِي الدَّرَاهِمِ التَّمَاثُلُ عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذٰلِكَ فَبَقِيَ الدِّرْهَمُ بِالدِّينَارِ وَهُمَا

وإلى الآخر أربع مائةٍ وتسعة وتسعين أو شيءٍ، والوجوهُ كلُّها سواءٌ، وليسَ بعضها أوْلىٰ من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز، فإن قيل: قد تعدَّد طريق الجواز هنا لأنَّا إذا صرفنا الدرهم إلى الدينارين والدينار إلى الدرهمين يصحُّ، وإذا صرفنا نصف الدينار إلى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار إلى الدينارين يصحُّ؟ قلنا: نعم، إلا أنَّ التعدُّد إنَّما يمنع الجواز إذا لم يتَرجَّح أحد وجوهه، ولِمَا ذكرناه رجّح لأنَّ العقد وَرَد باسم الدراهم فتجويزه مع بقاء اسم الدراهم أوْلىٰ.

قوله: وَالْفَسَادُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَكَلَامُنَا فِي الِابْتِدَاءِ، والحاجةُ إلى التصحيح فوق الحاجة إلى الإبقاء على الصحة، لأنه لو لا الصحة يكون هو مرتكبًا للمحرم في مباشرة التصرُّف، ولا كذلك البقاء على الصحة، ولأنَّ الفساد ثمَّة موهومٌ لجواز أن يتقابضا في المجلس، وهنا متحقِّقٌ.

قوله: وَمَنْ بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ، في هذه المسئلة أحدُ الطرفين جنسٌ واحدٌ والآخر مشتملٌ علىٰ جنسين.

قوله: عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الفضَّة بالفضة مثل بمثل»، والظاهرُ أنه أراد به ذلك، أي أنَّ البائع أراد بِهذا العقد العقد الذي ذكرناه، وهو أن تكون

جِنْسَانِ وَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهِمَا. (وَلَوْ تَبَايَعَا فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ وَأَحَدُهُمَا أَقَلُّ وَمَعَ أَقَلِّهِمَا شَيْءٌ آخَرُ تَبْلُغُ قِيمَتُهُ بَاقِي الفِضَّةِ جَازَ البَيْعُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهِيَةٍ، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ فَمَعَ الكَرَاهَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ كَالتُّرَابِ لَا يَجُوزُ البَيْعُ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا إِذِ الزِّيَادَةُ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونُ رِبًا.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيْهِ العَشَرَةُ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصَّا العَشَرَةَ بِالْعَشَرَةِ فَهُوَ جَائِزٌ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ بِعَشَرَةٍ مُطْلَقَةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ يَجِبُ بِهٰذَا العَقْدِ ثَمَنٌ يَجِبُ عَلَيْهِ تَعْيِينُهُ بِالْقَبْضِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَالدَّيْنُ لَيْسَ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ فَلَا تَقَعُ

العشرة بمثلها والدينار بدرهمٍ، ولو تبايعا فضةً بفضةٍ ومع أقلهما شيءٌ آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز، صورته إذا باع عشرةَ دراهم وثوبًا بخمسة عشر درهمًا وإن لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكفٍّ من زبيبٍ، وإنَّما كره لأنه احتيالٌ لسقوط الرِّبا ليأخذ الزيادة بالحيلة فيكره كبيع العينة فإنه مكروهٌ لهذا.

قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا بَاعَ بِعَشَرَةٍ مُطْلَقَةٍ، أي من غير أن يقيَّد بالعشرة التي عليه، أمَّا إذا قيَّد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلافٍ، وفيما إذا باع دينارًا بعشرةٍ مطلقةٍ ثمَّ تقاصَّا بالعشرة التي عليه خلاف زُفر رحمه الله تعالىٰ وهو القياس، وفي الاستحسان يجوز، وجه القياس أنَّ هذا استبدالٌ ببدل الصرف فلا يجوز، كما لو أخذ ببدل الصرف عرضًا أو دينارًا.

قوله: وَوَجْهُهُ، أي وجه الجواز، أَنَّهُ يَجِبُ بِهٰذَا العَقْدِ ثَمَنٌ يَجِبُ عَلَيْهِ تَعْيِينُهُ

الْمُقَاصَّةُ بِنَفْسِ المَبِيعِ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ، فَإِذَا تَقَاصَّا يَتَضَمَّنُ ذٰلِكَ فَسْخَ الأَوَّلِ وَالْإِضَافَةَ إِلَى الدَّيْنِ، إِذْ لَوْلَا ذٰلِكَ يَكُونُ اسْتِبْدَالًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ، وَفِي الإِضَافَةِ إِلَى الدَّيْنِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِنَفْسِ العَقْدِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ، وَالْفَسْخُ

بِالْقَبْضِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: ولا بُدَّ من قبض العوضين، لِمَا روينا من قوله عليه الصلاة والسلام: «يدًا بيدٍ»، والدَّين السابق لا يجبُ تعيينه بالقبض فلم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة، وإذا تقاصَّا يتضمَّن فسخ الأول والإضافة إلى الدين، فإن قيل: لو فسخ الصرف ضمنًا للمقاصة ينبغي أن يكون القبض شرطًا لأنَّ الإقالة بيعٌ في حقِّ الثالث والشرعُ ثالثهما فكان بيعًا في حقه، قلنا: صارت الإقالة هنا في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الإقالة بل حكم البيع لها في حقِّ الثالث فيما إذا كانت الإقالة ثابتةً قصدًا، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد لأنَّهما لمَّا أضافا العقد إلى الدين وجب ثمنٌ لا يجب تعيينه، لأنه يسقط وتعيين الساقط محالٌ، فلهذا وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما، وعقد الصرف علىٰ هذا الوجه جائزٌ لأنَّ قبض البدلين إنَّما يكون شرطًا احترازًا عن الربا، فإنه إذا كان أحدهما مقبوضًا والآخر غير مقبوضٍ وافترقا يكون بيع عين بدينٍ، والعينُ خيرٌ من الدين لأنَّ الدين ممَّا يقع الخطر في عاقبته ولا خطرَ في دينٍ يسقطُ فلا ربا بينه وبين المقبوض في المجلس، ألا ترىٰ أنَّ الدين بالدين حرامٌ، ثمَّ لو تصارفا دراهم دينٍ بدينار دينٍ صحَّ لفوات الخطر، وهذا بخلاف السلم فإنَّ إضافة عقد السلم إلىٰ رأس مالٍ هو دينٌ على المسلم إليه في الابتداء لا يصحُّ، فكذا إذا حولا العقد إليه في الانتهاء، وهذا لأنَّ ما يقابل برأس المال في السلم دينٌ وبالمقاصة لا يتعيَّن رأس المال فيكون دينًا بدينٍ، وفي الصرف ما يقابل الدين عينٌ مقبوضٌ في المجلس، والافتراق عن عينٍ بدينٍ جائز، هذا إذا كان الدين سابقًا، فإن كان لاحقًا بأن اشترىٰ دينارًا بعشرة دراهم ثمَّ باع المشتري من البائع ثوبًا بعشرةٍ لا يقع المقاصة بنفس العقد، لأنه في الدين المتقدِّم

قَدْ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الاِقْتِضَاءِ كَمَا إِذَا تَبَايَعَا بِأَلْفٍ ثُمَّ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ، وَزُفَرُ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِالِاقْتِضَاءِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ سَابِقًا. فَإِنْ كَانَ لَاحِقًا فَكَذٰلِكَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِتَضَمُّنِهِ انْفِسَاخَ الأَوَّلِ وَالْإِضَافَةَ إِلَىٰ دَيْنٍ قَائِمٍ وَقْتَ تَحْوِيلِ العَقْدِ فَكَفَىٰ ذٰلِكَ لِلْجَوَازِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ وَدِرْهَمَيْ غَلَّةٍ بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمِ غَلَّةٍ) وَالْغَلَّةُ مَا يَرُدُّهُ بَيْتُ المَالِ وَيَأْخُذُهُ التُّجَّارُ. وَوَجْهُهُ تَحَقُّقُ المُسَاوَاةِ فِي الوَزْنِ، وَمَا عُرِفَ مِنْ سُقُوطِ اعْتِبَارِ الجَوْدَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الفِضَّةَ فَهِيَ فِضَّةٌ، وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّنَانِيرِ الذَّهَبَ فَهِيَ ذَهَبٌ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِمَا مِنْ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الجِيَادِ حَتَّىٰ لَا يَجُوزَ بَيْعُ الخَالِصَةِ بِهَا وَلَا بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ إِلَّا مُتَسَاوِيًا فِي الوَزْنِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ الِاسْتِقْرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزْنًا) لِأَنَّ

لا يقع بنفس العقد فمع التأخر أَوْلىٰ، فأمَّا إذا تقابضا قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: لا تجوز المقاصة هنا لأنَّ الدين لاحقٌ فيكون صرفًا بدينٍ سيجبُ، والأصحُّ أنه لا يصحُّ لأنه لمَّا تقابضا تضمن ذلك فسخ الصرف الأوَّل وإنشاء صرفٍ آخر فكان صرفًا بدينٍ سَبَقَ وجوبه، والغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراطٌ أو طسوجٌ أو حبَّةٌ، كذا في المغرب، فيردها بيت المال لا لزيافتها ولكن لكونها قطعًا.

قوله: وَوَجْهُهُ تَحَقُّقُ المُسَاوَاةِ فِي الوَزْنِ، أي وجه الجواز تحقُّق شرائط الصحة، لأنَّ المساواة في الوزن متحقِّقة والمساواة في الجودة ليست بمشروطةٍ، لِمَا عُرِف أنَّ الجودة ساقط العبرة لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيِّدُها ورديئها سواءٌ».

النُّقُودَ لَا تَخْلُو عَنْ قَلِيلِ غِشٍّ عَادَةً لِأَنَّهَا لَا تَنْطَبِعُ إِلَّا مَعَ الغِشِّ، وَقَدْ يَكُونُ الغِشُّ خِلْقِيًّا كَمَا فِي الرَّدِيءِ مِنْهُ فَيُلْحَقُ القَلِيلُ بِالرَّدَاءَةِ، وَالْجَيِّدُ وَالرَّدِيءُ سَوَاءٌ (وَإِنْ كَانَ الغَالِبُ عَلَيْهِمَا الغِشَّ فَلَيْسَا فِي حُكْمِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ، فَإِنِ اشْتَرَىٰ بِهَا فِضَّةً خَالِصَةً فَهُوَ عَلَى الوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ.

(وَإِنْ بِيعَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا جَازَ صَرْفًا لِلْجِنْسِ إِلَىٰ خِلَافِ الجِنْسِ) فَهِيَ فِي حُكْمِ شَيْئَيْنِ فِضَّةٍ وَصُفْرٍ وَلٰكِنَّهُ صُرِفَ حَتَّىٰ يُشْتَرَطَ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ لِوُجُودِ الفِضَّةِ مِنَ الجَانِبَيْنِ، فَإِذَا شُرِطَ القَبْضُ فِي الفِضَّةِ يُشْتَرَطُ فِي الصُّفْرِ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ عَنْهُ إِلَّا بِضَرَرٍ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَمَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لَمْ يُفْتُوا بِجَوَازِ ذٰلِكَ فِي العَدَالَىٰ ..........

قوله: فَهُوَ عَلَى الوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي حِلْيَةِ السَّيْفِ، يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدَّراهم أو أقلَّ أو لا يدري لا يصحُّ، وإن كانت أكثر يصح.

قوله: وَلٰكِنَّهُ صُرِفَ، جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: ينبغي أن يشترط القبض في هذه الصورة لأنه لمَّا صُرِف الجنس إلىٰ خلاف الجنس لا يشتَرط التقابض في المجلس؟ قلنا: إنَّما صرفنا الجنس إلىٰ خلاف الجنس لحاجتنا إلىٰ جواز العقد، فإذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء فلم يكن كلُّ واحد منهما مصروفًا إلىٰ خلاف الجنس في حقِّ القبض، بل صرف إلىٰ جنسه ليشتَرط التقابض في المجلس لعدم الحاجة إلىٰ بقاء العقد على الصحة، لأنَّ الحاجة إنَّما تمسُّ في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ.

وَالْغَطَارِفَةِ لِأَنَّهَا أَعَزُّ الأَمْوَالِ فِي دِيَارِنَا، فَلَوْ أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهِ يَنْفَتِحُ بَابُ الرِّبَا، ثُمَّ إنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِالْوَزْنِ فَالتَّبَايُعُ وَالِاسْتِقْرَاضُ فِيهَا بِالْوَزْنِ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِالْعَدِّ فَبِالْعَدِّ، وَإِنْ كَانَتْ تَرُوجُ بِهِمَا فَبِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمُعْتَادُ فِيهِمَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا نَصٌّ، ثُمَّ هِيَ مَا دَامَتْ تَرُوجُ تَكُونُ أَثْمَانًا لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ لَا تَرُوجُ فَهِيَ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَتْ يَتَقَبَّلُهَا البَعْضُ دُونَ البَعْضِ فَهِيَ كَالزُّيُوفِ لَا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ بِجِنْسِهَا زُيُوفًا إنْ كَانَ البَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا لِتَحَقُّقِ الرِّضَا مِنْهُ، وَبِجِنْسِهَا مِنَ الجِيَادِ إنْ كَانَ لَا يَعْلَمُ لِعَدَمِ الرِّضَا مِنْهُ. (وَإِذَا اشْتَرَىٰ بِهَا سِلْعَةً فَكَسَدَتْ وَتَرَكَ النَّاسُ المُعَامَلَةَ بِهَا بَطَلَ البَيْعُ

قوله: وَالْغَطَارِفَةِ، أي الدَّراهم الغطريفية، منسوبةٌ إلى الغطريف ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيَّام هارون الرشيد، كذا في المغرب.

قوله: يَنْفَتِحُ بَابُ الرِّبَا، متعلِّقٌ بقوله: لم يفتوا، لأنه لو جاز حل الربا في أعزِّ الأموال لقاسوا عليه حلَّ الربا في الذَّهب والفضة بالتدريج.

قوله: ثُمَّ إنْ كَانَتْ تَرُوجُ، أي المغشوشة.

قوله: بَلْ بِجِنْسِهَا زُيُوفًا، أي بجنس الدراهم المغشوشة من الزيوف إن كان البائع يعلم بحالها أنَّها زيفةٌ، والمتساوي كغالب الفضَّة في التبايع والاستقراض، وفي الصرف كغالب الغشِّ.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَىٰ بِهَا سِلْعَةً، أي بالدَّراهم المغشوشة، ثمَّ كسدت أي في كل البلاد، حتَّىٰ لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل، كذا اختاره الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالىٰ،

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْبَيْعِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: قِيمَتُهَا آخِرُ مَا تَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا) لَهُمَا أَنَّ العَقْدَ قَدْ صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بِالْكَسَادِ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الفَسَادَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِالرُّطَبِ فَانْقَطَعَ أَوَانُهُ. وَإِذَا بَقِيَ العَقْدُ وَجَبَتِ القِيمَةُ، لٰكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقْتَ البَيْعِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ

وفي عيون المسائل: أنَّ عدم الرواج إنَّما يوجب فساد البيع إذا كانت لا تروج في جميع البلدان لأنه حينئذٍ يصير هالكًا ويبقى البيع بلا ثمنٍ، فأمَّا إذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك، ولكنه تعيَّب فكان للبائع الخيار إن شاء أخذ مثل النقد الذي وقعَ عليه البيع، وإن شاء أخذَ قيمة ذلك الدنانير، وما ذكر في العيون يستقيمُ علىٰ قول محمد رحمه الله تعالىٰ، وأمَّا علىٰ قولهما فلا يستقيم، وينبغي أن يبطل البيع بالفساد في تلك البلدة على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، وعندهما يجوز اعتبارًا لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز اعتبارًا لاصطلاح الكلِّ، فالكساد ينبغي أن يكون على هذا القياس أيضًا، وفي القدوري: إذا اشترىٰ بفلوسٍ وكسدت قبل القبض فسد العقدُ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما لا يفسد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: عليه قيمتها يوم البيع، وعليه الفتوىٰ، ثمَّ إذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع فإن لم يكن المبيع مقبوضًا فلا حكمَ لهذا البيع أصلًا، وإن كان مقبوضًا فإن كان قائمًا ردَّه على البائع، وإن كان مستهلكًا أو هالكًا رجع البائع عليه بقيمة المبيع إن لم يكن مثليًّا، وبمثله إن كان مثليًّا، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس، فأمَّا إذا غلت بأن ازدادت قيمتها فالبيع علىٰ حاله ولا يتخيَّر المشتري، وإذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع علىٰ حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع، والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع، إذا انقطعت الدراهم من أيدي الناس قبل القبض فسد

بِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَوْمَ الِانْقِطَاعِ لِأَنَّهُ أَوَانُ الِانْتِقَالِ إِلَى القِيمَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الثَّمَنَ يَهْلَكُ بِالْكَسَادِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالِاصْطِلَاحِ وَمَا بَقِيَ فَيَبْقَىٰ بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ فَيَبْطُلُ، وَإِذَا بَطَلَ البَيْعُ يَجِبُ رَدُّ المَبِيعِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَقِيمَتُهُ إِنْ كَانَ هَالِكًا كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ البَيْعُ بِالْفُلُوسِ) لِأَنَّهَا مَالٌ مَعْلُومٌ، فَإِنْ كَانَتْ نَافِقَةً جَازَ البَيْعُ بِهَا وَإِنْ لَمْ تَتَعَيَّنْ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ بِالِاصْطِلَاحِ، وَإِنْ كَانَتْ كَاسِدَةً لَمْ يَجُزِ البَيْعُ بِهَا حَتَّىٰ يُعَيِّنَهَا لِأَنَّهَا سِلَعٌ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهَا (وَإِذَا بَاعَ بِالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ البَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا) وَهُوَ نَظِيرُ الِاخْتِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ (وَلَوِ اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا نَافِقَةً فَكَسَدَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجِبُ عَلَيْهِ مِثْلُهَا) لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ، وَمُوجِبُهُ رَدُّ العَيْنِ مَعْنًى وَالثَّمَنِيَّةِ فَضْلٌ فِيهِ إِذِ القَرْضُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ. وَعِنْدَهُمَا تَجِبُ قِيمَتُهَا لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ وَصْفُ الثَّمَنِيَّةِ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قُبِضَ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، كَمَا إِذَا اسْتَقْرَضَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، لٰكِنْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ

---

البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وحدُّ الانقطاع أنه لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في أيدي الصيارفة.

قوله: وَالثَّمَنِيَّةِ فَضْلٌ فِيهِ، أي في القرض، إذ صحَّة استقراض الفلس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لأنه مثليٌّ، وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليًّا، ولهذا صحَّ استقراضه بعد الكساد.

اللهُ - يَوْمَ القَبْضِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - يَوْمَ الكَسَادِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ فِيمَنْ غَصَبَ مِثْلِيًّا فَانْقَطَعَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْظَرُ لِلْجَانِبَيْنِ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْسَرُ.

قوله: وَأَصْلُ الِاخْتِلَافِ، أي أصلُ الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وإنَّما قيَّدنا به لأنه بني هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالرطب مثلًا، وفيه كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحنُ فيه، كذا في النهاية، وفي فوائد الخبازي: وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليًا فانقطع إلا أنَّ هناكَ تعتبر القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهنا لا يقول به، لأنَّ إيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفسد، لأنَّ قيمتها كاسدةٌ وعينها سواءٌ بل إيجاب العين كاسدةً أعْدَل من قيمتها كاسدةً فأوْجَب مثلها كاسدةً، وعندهما لمَّا وجب اعتبار قيمتها رايجةً إمَّا يوم القبض أو آخر يوم كانت رايجةً فيه فكسدت كان إيجاب قيمتها من الفضَّة أوْلىٰ من إيجاب عينها كاسدةً، كما في المبسوط، وقول محمد رحمه الله تعالىٰ أنْظَر في حق المقرض بالنظر إلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وكذا في حقِّ المستقرض بالنسبة إلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: قال محمد رحمه الله تعالىٰ: عليه قيمتها في آخر يوم كانت رايجةً، وعليه الفتوىٰ، **وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَيْسَرُ**، أي للمفتي أو القاضي لأنَّ قيمته يوم القبض معلومةٌ ويوم الانقطاع لا يعرف إلا بحرجٍ، وفي المحيط ذكر القيمة علىٰ قولهما من غير فصلٍ بين ما إذا كانت قائمةً أو هالكةً، والفلوس المغصوبة إذا كسدت فإن كانت قائمةً ردَّ عينها بالإجماع، وإن كانت هالكةً فعلى الاختلاف الذي مرَّ، وهذه المسئلة في الحاصل فرعُ مسئلةٍ أخرىٰ في كتاب الغصب أنَّ من غصب رطبًا وهلك عنده أو استهلك ثمَّ انقطع أوان الرطب، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: عليه قيمة يوم الخصومة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: قيمة يوم الغصب،

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ جَازَ وَعَلَيْهِ مَا يُبَاعُ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الفُلُوسِ وَكَذَا إِذَا قَالَ بِدَانِقِ فُلُوسٍ أَوْ بِقِيرَاطِ فُلُوسٍ جَازَ). وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ اشْتَرَىٰ بِالْفُلُوسِ وَأَنَّهَا تُقَدَّرُ بِالْعَدَدِ لَا بِالدَّانِقِ وَالدِّرْهَمِ فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ عَدَدِهَا، وَنَحْنُ نَقُولُ: مَا يُبَاعُ بِالدَّانِقِ وَنِصْفُ الدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ مَعْلُومٌ عِنْدَ النَّاسِ وَالْكَلَامُ فِيهِ فَأَغْنَىٰ عَنْ بَيَانِ العَدَدِ. وَلَوْ قَالَ بِدِرْهَمِ فُلُوسٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْ فُلُوسٍ فَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ مَا يُبَاعُ بِالدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ مَعْلُومٌ وَهُوَ المُرَادُ لَا وَزْنُ الدِّرْهَمِ مِنَ الفُلُوسِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالدِّرْهَمِ وَيَجُوزُ فِيمَا دُونَ الدِّرْهَمِ، لِأَنَّ فِي العَادَةِ المُبَايَعَةَ بِالْفُلُوسِ فِيمَا دُونَ الدِّرْهَمِ فَصَارَ مَعْلُومًا بِحُكْمِ العَادَةِ، وَلَا كَذٰلِكَ الدِّرْهَمُ قَالُوا: وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَصَحُّ لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا.

وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: يوم الانقطاع، وكثيرٌ من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله تعالىٰ، وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله تعالىٰ، وبعض مشايخنا في زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ فُلُوسٍ، أي اشترىٰ بفلوسٍ قيمتها نصف درهم فضَّةٍ.

قوله: مِنَ الفُلُوسِ، بيانٌ لقوله: ما يباع، وفي المغرب: الدَّانق بالفتح والكسر قيراطان، والجمع دوانق ودوانيق، وفي الصحاح: الدانق سُدس الدرهم، والقيراطُ نصف دانق.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْطَىٰ صَيْرَفِيًّا دِرْهَمًا وَقَالَ أَعْطِنِي بِنِصْفِهِ فُلُوسًا وَبِنِصْفِهِ نِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَازَ الْبَيْعُ فِي الْفُلُوسِ وَبَطَلَ فِيمَا بَقِيَ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ بَيْعَ نِصْفِ دِرْهَمٍ بِالْفُلُوسِ جَائِزٌ وَبَيْعُ النِّصْفِ بِنِصْفٍ إِلَّا حَبَّةً رِبًا فَلَا يَجُوزُ (وَعَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - بَطَلَ فِي الكُلِّ) لِأَنَّ الصَّفْقَةَ مُتَّحِدَةٌ وَالْفَسَادُ قَوِيٌّ فَيَشِيعُ وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وَلَوْ كَرَّرَ لَفْظَ الإِعْطَاءِ كَانَ جَوَابُهُ كَجَوَابِهِمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّـهُمَا بَيْعَانِ (وَلَوْ قَالَ أَعْطِنِي نِصْفَ دِرْهَمٍ فُلُوسًا وَنِصْفًا إِلَّا حَبَّةً جَازَ) لِأَنَّـهُ قَابَلَ الدِّرْهَمَ بِمَا يُبَاعُ مِنَ الْفُلُوسِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً فَيَكُونُ نِصْفُ دِرْهَمٍ إِلَّا حَبَّةً بِمِثْلِهِ

قوله: وَمَنْ أَعْطَىٰ صَيْرَفِيًّا، أي صرافًا، وهو من قولهم: للدَّرهم على الدرهم صرفٌ في الجودة والقيمة، أي فضلٌ، وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميِّز هذه الجودة: صرَّافٌ وصيرفِيٌّ، كذا في المغرب.

قوله: وَالْفَسَادُ قَوِيٌّ، لأنه مجمعٌ عليه، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ، وهو ما إذا جمع بين حرٍّ وعبدٍ وباعهما صفقةً واحدةً، فلو لم يبيِّن ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكلِّ بالإجماع، وإن بيَّن يشيع الفساد علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولو كرَّر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابِهما لأنَّهما بيعان بأن قال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي نصفا إلَّا حبَّة. فالحكم أنَّ العقد في حصة الفلوس جائزٌ بالإجماع، وحُكِيَ عن الفقيه عُمر ابن جعفر الهندوانِي والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمهم الله تعالىٰ ههنا أيضًا لا يصحُّ وإن كرَّر لفظ الإعطاء، لأنَّ الصفقة متحدةٌ لأنَّها لو تفرَّقت إنَّما تفرَّقت بتكرُّر قوله: أعطني، ولا وجهَ إليه، لأنَّ قوله أعطني مساومةٌ وبتكرُّر المساومة لا يتكرَّر البيع، ألا ترىٰ أنَّ بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى أنَّ من قال لآخرِ: بعني، فقال: بعتُ،

وَمَا وَرَاءَهُ بِإِزَاءِ الفُلُوسِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ ذَكَرَ المَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

* * *

لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريتُ، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرَّر العقد، وكانت الصفقة واحدةً، والصحيح أنَّهما بيعان فلا يشيع الفساد.

قوله: وَفِي أَكْثَرِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، أي مختصر القدوري، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

# كِتَابُ الكَفَالَةِ

الْكَفَالَةُ: هِيَ الضَّمُّ لُغَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] ثُمَّ قِيلَ: هِيَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي الْمُطَالَبَةِ، وَقِيلَ فِي الدَّيْنِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

## كتاب الكفالة

قوله: هِيَ الضَّمُّ لُغَةً، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمُّها إلىٰ نفسه، وقال النبيُّ عليه الصلاة والسلام: «أنا وكافل اليتيم كهاتين» أي ضام اليتيم إلىٰ نفسه، ثُمَّ قِيلَ، أي في الشريعة، هِيَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي الْمُطَالَبَةِ، دون الدَّين، وَقِيلَ فِي الدَّيْنِ، وهو قولُ الشافعي رحمه الله تعالىٰ، فيصير الدَّين الواحد دينين، لأنَّ الكفيل مطالبٌ بالإيفاء والمطالبة بإيفاء الدين ولا دينَ محال إذ المطالبة فرع الدين ولا يتصوَّر الفرع بدون الأصل، ولهذا لو وَهَبَ له صحَّ، وكذا لو اشترىٰ به منه شيئًا صحَّ، وهبة الدين من غير من عليه الدَّين لا تصحُّ، وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصحُّ، وليس من ضرورة ثبوت الدَّين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حقِّ الطالب لأنه وإن ثبتَ الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون إلَّا من أحدهما، كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإنَّ كل واحد منهما ضامنٌ للقيمة، ولا يكون حقُّ المغصوب منه إلا في قيمةٍ واحدةٍ لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما، غير أنَّ هناك اختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لِمَا فيه من التمليك منه، وههنا لا يوفي ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كلَّ واحد منهما، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لأنَّ الدين بقي في ذمة الأصيل كما كان فلا يتصوَّر

قَالَ: (الْكَفَالَةُ ضَرْبَانِ: كَفَالَةٌ بِالنَّفْسِ، وَكَفَالَةٌ بِالْمَالِ. فَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ

وجوبه فِي ذمة الكفيل، لأنَّ جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يُصار إليه إلا عند الضرورة، كما إذا وهب للكفيل أو اشترىٰ به منه شيئًا فحينئذٍ جعلنا الدَّين عليه، ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه فِي حكم دينين وقبله لا ضرورةَ، ولا يتصوَّر وجود المطالبة إلا بعد وجود أصل الدين، فأمَّا أن يكون واجبًا علىٰ من عليه المطالبة لا محالةَ فلا، ألا ترىٰ أنَّ الوكيلَ بالشراء مطلب بالثمن وأصل الثمن على الموكل، حتَّىٰ لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن صحَّ، وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فِي حق من له ابتداءٌ حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل، فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فِي حقٍّ من عليه فتتوجَّه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة، وأصل الدين فِي ذمة الأصيل، وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطًا بالتأجيل فكذلك التزامًا بالكفالة، والمطالبةُ مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين، فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فِي حقِّ المكاتب، وملك اليد عن ملك العين فِي حق المرتَهن، فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين، كذا فِي المبسوط.

وأمَّا ركنها فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فِي قوله الآخر، حتَّىٰ أنَّ عندهما الكفالة لا تتمُّ بالكفيل وحده، سواءٌ كان كفل بالمال أو بالنفس، ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبيٍّ عنه فِي مجلس العقد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ آخرًا: الكفالة تتمُّ بالكفيل، وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالىٰ فِي قوله الآخر أنَّ الكفالة تصحُّ من الكفيل وحده موقوفًا على إجازة الطالب أو تصحُّ نافذًا وللطالب حقُّ الردِّ، وفائدة هذا الاختلاف إنَّما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن يقول بالتوقف يقول: لا يؤاخذ به الكفيل.

جَائِزَةٌ وَالْمَضْمُونُ بِهَا إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ، إِذْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَىٰ نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ بِالْمَالِ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً عَلَىٰ مَالِ نَفْسِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» وَهٰذَا يُفِيدُ مَشْرُوعِيَّةَ الكَفَالَةِ بِنَوْعَيْهِ، وَلِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ بِطَرِيقِهِ بِأَنْ يَعْلَمَ الطَّالِبُ مَكَانَهُ فَيُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ أَوْ يَسْتَعِينَ بِأَعْوَانِ القَاضِي فِي ذٰلِكَ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَمْكَنَ تَحَقُّقُ مَعْنَىٰ الكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فِي المُطَالَبَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ إِذَا قَالَ تَكَفَّلْتُ بِنَفْسِ فُلَانٍ أَوْ بِرَقَبَتِهِ أَوْ بِرُوحِهِ أَوْ بِجَسَدِهِ أَوْ بِرَأْسِهِ وَكَذَا بِبَدَنِهِ وَبِوَجْهِهِ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَلْفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنِ البَدَنِ

وأمَّا شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل، حتَّىٰ لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها، إذ غير الجانِي لا يُؤاخذ بجناية الجانِي وإن يكون دينًا صحيحًا، ولهذا لم تصحُّ الكفالة ببدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح لأنه لا يجب للمولىٰ على عبده دين، وإنَّما وجب مخالفًا للقياس فلا يظهر فِي حقِّ صحة الكفالة، وأمَّا أهلها فأهل التبرع بأن كان حُرًّا مكلفًا فلا يصحُّ من العبد والصبي، وحكمها وجوبُ المطالبة على الكفيل.

قوله: الكَفَالَةِ بِنَوْعَيْهِ، الكفالةُ بالنفس والمال، فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارمٌ» يدلُّ علىٰ وجوب الغرم على الكفيل والكفيلُ بالنفس لا يغرم شيئًا فكيف يستدلُّ به علىٰ مشروعيته؟ قلنا: الغرمُ ينبيء عن لزوم شيءٍ يضرُّه وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار والحاجة ماسَّة إلىٰ هذا النوع وهيَ ضرورة إحياء حقوق العباد لأنه رُبَّما

إِمَّا حَقِيقَةً أَوْ عُرْفًا عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ بِنِصْفِهِ أَوْ بِثُلُثِهِ أَوْ بِجُزْءٍ مِنْهُ لِأَنَّ النَّفْسَ الوَاحِدَةَ فِي حَقِّ الكَفَالَةِ لَا تَتَجَزَّأُ فَكَانَ ذِكْرُ بَعْضِهَا شَائِعًا كَذِكْرِ كُلِّهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَكَفَّلْتُ بِيَدِ فُلَانٍ أَوْ بِرِجْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ البَدَنِ حَتَّىٰ لَا تَصِحَّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَيْهِمَا وَفِيمَا تَقَدَّمَ تَصِحُّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ ضَمِنْتُهُ) لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ (أَوْ قَالَ) هُوَ (عَلَيَّ) لِأَنَّهُ صِيغَةُ الِالْتِزَامِ (أَوْ قَالَ إِلَيَّ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ عَلَيَّ فِي هٰذَا المَقَامِ. قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ عِيَالًا فَإِلَيَّ» (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَنَا زَعِيمٌ بِهِ أَوْ قَبِيلٌ بِهِ) لِأَنَّ الزَّعَامَةَ هِيَ الكَفَالَةُ وَقَدْ رَوَيْنَا فِيهِ. وَالْقَبِيلُ هُوَ الكَفِيلُ، وَلِهٰذَا سُمِّيَ

يغيبُ نفسه فيتوي حقُّ صاحب الحق، وعن الصحابة أنَّهم جوَّزوا الكفالةَ بالنفس.

قوله: إِمَّا حَقِيقَةً - كنفسه وجسده وبدنه - أَوْ عُرْفًا، كما في بروحه أو برأسه أو بوجهه.

قوله: لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمُوجِبِهِ، أي موجب عقد الكفالة لأنه يصير به ضامنًا للتسليم والعقد ينعقدُ بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك، الكَلُّ العيالُ، قال الله تعالىٰ: ﴿وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ﴾ [النحل: ٧٦] والجمع الكلول، والكَلُّ اليتيم أيضًا، والمراد ههنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه، والعيالُ هومن يعوله أي يقوته.

قوله: وَقَدْ رَوَيْنَا فِيهِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيمُ غارمٌ»، بخلاف ما إذا قال: أنا ضامنٌ لمعرفته، لأنَّ موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم، وفي الفارسية بأن قال: «من ضامنم دانستن وى را»، عامة المشايخ قالوا: يكون كفيلًا

الصَّكُّ قَبَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنَا ضَامِنٌ لِمَعْرِفَتِهِ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ الْمَعْرِفَةَ دُونَ الْمُطَالَبَةِ. قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ تَسْلِيمَ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي وَقْتٍ بِعَيْنِهِ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ فِي ذٰلِكَ الْوَقْتِ) وَفَاءً بِمَا الْتَزَمَهُ، (فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَإِلَّا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ) لِامْتِنَاعِهِ عَنْ إِيفَاءِ حَقٍّ مُسْتَحِقٍّ عَلَيْهِ، وَلٰكِنْ لَا يَحْبِسُهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ لَعَلَّهُ مَا دَرَىٰ لِمَاذَا يَدَّعِي. وَلَوْ غَابَ الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ أَمْهَلَهُ الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ يَحْبِسُهُ لِتَحَقُّقِ امْتِنَاعِهِ عَنْ إِيفَاءِ الْحَقِّ.

فكأنَّهم فرَّقوا بين الفارسية والعربية، كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ غَابَ الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ أَمْهَلَهُ الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، ويستوثقُ منه بكفيلٍ، هذا إذا عرف مكانه، وإن لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل علىٰ ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلىٰ أن يعرف مكانه، لأنَّهما تصادقا علىٰ عجزه عن التسليم للحال، وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجةٌ معروفةٌ يخرج إلىٰ موضعٍ معلومٍ للتجارة في كلِّ وقتٍ، فالقول قولُ الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلىٰ ذلك الموضع، لأن الظاهر شاهدٌ للمدَّعي، وإن لم يكن ذلك معروفًا منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسِّكٌ بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة إيَّاه والطالبُ يدَّعيه، وقال بعضهم: لا يلتفت إلىٰ قول الكفيل ويحبسه القاضي إلىٰ أن يظهر عجزه لأنَّ المطالبة كانت متوجهةً عليه فلا يصدق في إسقاطها عن نفسه بما يقولُ، فإن أقامَ الطالبُ بيِّنةً أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إلىٰ ذلك الموضع واحضاره اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينةً، وكذا إذا ارتدَّ ولَحِقَ بدار الحرب لا يسقطُ الكفيل عن الكفالة بل يمهله القاضي مدَّة ذهابه ومجيئه لأنَّ لحاقه

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ) وَهٰذَا لِأَنَّهُ عَاجِزٌ فِي المُدَّةِ فَيُنْظَرُ كَالَّذِي أُعْسِرَ، وَلَوْ سَلَّمَهُ قَبْلَ ذٰلِكَ بَرِئَ لِأَنَّ الأَجَلَ حَقُّهُ فَيَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ كَمَا فِي الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَانٍ يَقْدِرُ المَكْفُولُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ فِيهِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي مِصْرٍ بَرِئَ الكَفِيلُ مِنَ الكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ أَتَىٰ بِمَا التَزَمَهُ وَحَصَلَ المَقْصُودُ بِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مَا التَزَمَ التَّسْلِيمَ إِلَّا مَرَّةً.

قَالَ: (وَإِذَا كَفَلَ عَلَىٰ أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي مَجْلِسِ القَاضِي فَسَلَّمَهُ فِي السُّوقِ بَرِئَ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا: لَا يَبْرَأُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ المُعَاوَنَةُ عَلَى الِامْتِنَاعِ لَا عَلَى الإِحْضَارِ فَكَانَ التَّقْيِيدُ مُفِيدًا (وَإِنْ سَلَّمَهُ فِي بَرِّيَّةٍ لَمْ يَبْرَأْ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى المُخَاصَمَةِ فِيهَا فَلَمْ يَحْصُلِ المَقْصُودُ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ فِي سَوَادٍ لِعَدَمِ قَاضٍ يَفْصِلُ الحُكْمَ فِيهِ، وَلَوْ سَلَّمَ فِي

بدار الحرب كموته حكمًا في قسمة ماله بين ورثته، فأمَّا في حقِّ نفسه فهو مطالبٌ بالتوبة والرجوع وتسليم النفس إلى الخصم فيبقى الكفيل علىٰ كفالته، وفي الذخيرة: إذا لَحِقَ المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادرًا علىٰ ردِّه بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعةً إنَّ من لحق بهم مرتدًّا يردونَهم علينا إذا طلبنا يمهل قدرَ الذهاب والمجيء، وإن لم يكن قادرًا علىٰ ردِّه بأن لم يتقدَّم موادعةً على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذُ به.

قوله: لِحُصُولِ المَقْصُودِ، إذ المقصود من التسليم في مجلس الحاكم إمكان الخصومة واستخراج الحقِّ بإثبات حقِّه عليه، وهذا الإمكان حاصلٌ متىٰ سلمه في مكانٍ آخر من هذا المصر.

مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِ الْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ بَرِئَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِلْقُدْرَةِ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ. وَعِنْدَهُمَا لَا يَبْرَأُ لِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ شُهُودُهُ فِيمَا عَيَّنَهُ. وَلَوْ سَلَّمَهُ فِي السِّجْنِ وَقَدْ حَبَسَهُ غَيْرُ الطَّالِبِ لَا يَبْرَأُ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ بَرِئَ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ مِنَ الْكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ إِحْضَارِهِ، وَلِأَنَّهُ سَقَطَ الْحُضُورُ عَنِ الْأَصِيلِ فَيَسْقُطُ الْإِحْضَارُ عَنِ الْكَفِيلِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْكَفِيلُ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ قَادِرًا عَلَىٰ تَسْلِيمِ الْمَكْفُولِ بِنَفْسِهِ وَمَالُهُ لَا يَصْلُحُ لِإِيفَاءِ هٰذَا الْوَاجِبِ بِخِلَافِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ. وَلَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُطَالِبَ الْكَفِيلَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِوَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَيِّتِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسٍ آخَرَ وَلَمْ يَقُلْ: إِذَا دَفَعْتُ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ بَرِيءٌ) لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ فَيَثْبُتُ بِدُونِ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ،

---

قوله: لِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ شُهُودُهُ فِيمَا عَيَّنَهُ، وذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصرٍ آخر، قلنا: ولعلَّ شهوده فيما سلَّمه وهذا القاضي يعرفُ حادثته فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالمًا عن المعارض فيبرأ، وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصرِ كفلَ فيه، وإن شرط فلا يبرأ فيه عندهما، وعلىٰ قوله اختلف المشائخ فيه.

قوله: لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ، لأنَّ الغرضَ من التسليم تمكُّنه من إحضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذا لا يتأتَّىٰ إذا كان محبوسًا.

وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَلَوْ سَلَّمَ المَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ مِنْ كَفَالَتِهِ صَحَّ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالْخُصُومَةِ فَكَانَ لَهُ وِلَايَةُ الدَّفْعِ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ وَكِيلُ الكَفِيلِ أَوْ رَسُولُهُ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ إِلَىٰ وَقْتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ فَلَمْ يُحْضِرْهُ إِلَىٰ ذٰلِكَ الوَقْتِ لَزِمَهُ ضَمَانُ المَالِ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِالْمَالِ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطِ عَدَمِ المُوَافَاةِ، وَهٰذَا التَّعْلِيقُ صَحِيحٌ، فَإِذَا

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الطَّالِبِ التَّسْلِيمَ، وفي المبسوط: ويستوي أن قبله الطالب أو لم يقبله لأنَّ الكفيلَ يبرئُ نفسه بإيفاء عين ما التزمَ ولا يتوقَّف ذلك علىٰ قبول صاحب الحقِّ كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب، وهذا لأنه لو توقَّف علىٰ قبول الطالب تضرَّر به من عليه فإنه يمتنع من ذلك إيفاءً لحقه والضررُ مدفوعٌ بحسب الإمكان.

قوله: وَلَوْ سَلَّمَ المَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ مِنْ كَفَالَتِهِ - أي من كفالة الكفيل - صَحَّ، وفي المبسوط: وإذا دفع المكفول به نفسه إلى الطالب وقال: دفعتُ نفسي إليكَ من كفالة فلانٍ برئ الكفيل، لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالْخُصُومَةِ فَكَانَ لَهُ وِلَايَةُ الدَّفْعِ، أي دفع الخصومة، فلا يكون في تسليم نفسه إلى الطالب متبرِّعًا، كالمحيل إذا قضى الدين فلذلك صحَّ تسليم نفسه قَبِل الطالب أو لم يقبل.

قوله: فَإِنْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ إِلَى وَقْتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفٌ، فالتقييد بقوله: لِمَا عَلَيْهِ، مفيدٌ لأنه إذا لم يقل: لِمَا عَلَيْهِ، لا يلزم على الكفيل شيءٌ عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وأمَّا التقييد بقوله: وَهُوَ أَلْفٌ، فلا يفيد.

قوله: وَهٰذَا التَّعْلِيقُ صَحِيحٌ، لأنه تعليقٌ بشرطٍ متعارفٍ لتعامل الناس إيَّاه، وإن كان

وُجِدَ الشَّرْطُ لَزِمَهُ المَالُ (وَلَا يَبْرَأُ عَنِ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ) لِأَنَّ وُجُوبَ المَالِ عَلَيْهِ بِالْكَفَالَةِ لَا يُنَافِي الكَفَالَةَ بِنَفْسِهِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلتَّوَثُّقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ هٰذِهِ الكَفَالَةُ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ سَبَبِ وُجُوبِ المَالِ بِالْخَطَرِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا أَنَّهُ يُشْبِهُ البَيْعَ وَيُشْبِهُ النَّذْرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ التِزَامٌ. فَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَنَحْوِهِ. وَيَصِحُّ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ وَالتَّعْلِيقُ بِعَدَمِ المُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَقَالَ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المَالُ، فَإِنْ مَاتَ المَكْفُولُ عَنْهُ ضَمِنَ المَالَ) لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ المُوَافَاةِ.

القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس في البيع، كما لو اشترىٰ نعلًا علىٰ أن يحذوه البائع، مع أنَّ بابه أضيَق من الكفالة فلا يترك هنا وبابُها أوْسَع أوْلىٰ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا تَصِحُّ هٰذِهِ الكَفَالَةُ، أي الكفالة بالمال لأنَّها سبب وجوب المال، وتعليق سبب وجوب المال بالأخطار لا يصحُّ كالبيع، ولا تصحُّ الكفالة بالنفس أيضًا عنده فلا تصح الكفالتان، ولنا أنَّ الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداءً باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاءً لأنَّ الكفيل يرجع على الأصيل بما أدَّىٰ عنه فكان مبادلة المال بالمال، فَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ، ومجيء المطر، وَيَصِحُّ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

قوله: وَمَنْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَقَالَ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المَالُ، فَإِنْ مَاتَ المَكْفُولُ عَنْهُ ضَمِنَ المَالَ، لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ المُوَافَاةِ، فإن قيل: شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس علىٰ حالها، ولهذا لو أبرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدَّة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيءٌ، لأن

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ بَيَّنَهَا أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّىٰ تَكَفَّلَ بِنَفْسِهِ رَجُلٌ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المِائَةُ فَلَمْ يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيْهِ المِائَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ لَمْ يُبَيِّنْهَا حَتَّىٰ تَكَفَّلَ بِهِ رَجُلٌ ثُمَّ ادَّعَىٰ بَعْدَ ذٰلِكَ لَمْ

بالإبراء انفسخت الكفالة فلم يتحقَّق عدم الموافاة حالَ بقاء الكفالة بالنفس، فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به، لأنَّ الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الإبراء فلا يلزمه المال، قلنا: الإبراء وُضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كل وجهٍ، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بالنفس، ولا ضرورةَ إلى القول بانفساخها في حقِّ الكفالة بالمال، لأنَّ عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقَّق والشرطُ عدم الموافاة مطلقًا، هذا إذا مات المكفول به، فإن مات الكفيل قبل انقضاء المدَّة هل يجب المال دينًا في تركة الكفيل إذا مضت المدَّة؟ في الأصل إشارةٌ إلىٰ أنه يجب فإنه قال: إن وافىٰ ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدَّة لا يلزم الكفيلُ المالَ، وإن أبى القبول يجبر عليه، لأنَّ لهم حقًّا في ذلك وهو أنه لا يلزمهم المالُ عند انقضاء المدَّة.

قوله: وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مِائَةَ دِينَارٍ بَيَّنَهَا، أي بين صفتها بأنَّها جيِّدةٌ أو رديةٌ أو خليفية أو ركنية، أَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا، ويحتمل أن يكون معنى قوله: وبينها أن بيَّن قدر المالية بأن ادَّعىٰ مائة دينارٍ أو لم يبيِّن قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه، لأنَّ صورة المسئلة في أصل رواية الجامع الصغير: رجلٌ لزم رجلًا فادَّعىٰ عليه مائة دينارٍ أو لزمه ولم يدَّع عليه مائة دينارٍ فقال له رجلٌ: دعه فأنا كفيلٌ بنفسه إلىٰ غدٍ، فإن لم يوافك به غدًا فعليَّ مائة دينارٍ، فرضي به فلم يواف به قال: عليه مائة دينارٍ في الوجهين جميعًا، إذا ادَّعىٰ صاحبُ الحقِّ أنه له.

يُلْتَفَتْ إِلَىٰ دَعْوَاهُ) لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالًا مُطْلَقًا بِخَطَرٍ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَنْسُبْهُ إِلَىٰ مَا عَلَيْهِ، وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ وَإِنْ بَيَّنَهَا وَلِأَنَّهُ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَىٰ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَلَا يَجِبُ إِحْضَارُ النَّفْسِ، وَإِذَا لَمْ يَجِبْ لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فَلَا تَصِحُّ بِالْمَالِ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَ. وَلَهُمَا أَنَّ المَالَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا فَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا عَلَيْهِ، وَالْعَادَةُ جَرَتْ بِالْإِجْمَالِ فِي الدَّعَاوَىٰ فَتَصِحُّ الدَّعْوَىٰ عَلَى اعْتِبَارِ البَيَانِ، فَإِذَا بَيَّنَ التَحَقَ البَيَانُ بِأَصْلِ الدَّعْوَىٰ فَتَبَيَّنَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ الأُولَىٰ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الثَّانِيَةُ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) مَعْنَاهُ: لَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ، وَقَالَا: يُجْبَرُ فِي حَدِّ القَذْفِ

قوله: لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالًا مُطْلَقًا بِخَطَرٍ، حيث قال: فإن لم يوافك غدًا فعليَّ مائة دينارٍ، ولم يقل: فعليَّ المائة التي لكَ عليه، قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ: لمَّا قال: عليَّ مائة دينارٍ، ولم يضف الكفالة إلىٰ ما عليه يحتمل أنه التزم مالًا ابتداءً فيكون رشوةً، ويحتمل أنه أراد ما على الأصيل فلا يكون رشوةً والمال لم يكن لازمًا فلا يلزم بالشكِّ، فعلى هذا الوجه لا تصحُّ الكفالة وإن بيَّن المدَّعى به.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَمْ تَصِحَّ الدَّعْوَىٰ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ، قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ: إذا لم يدع مالًا مقدَّرًا لم يستوجب إحضاره إلىٰ مجلس القاضي لفساد الدَّعوىٰ فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال لأنه بناءٌ عليه، فعلىٰ هذا إذا كان المدَّعى به معلومًا وقت الدَّعوى تصحُّ الكفالة وتنصرف الكفالة إلى المال المدَّعىٰ به.

قوله: وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ

لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ وَفِي القِصَاصِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ العَبْدِ فَيَلِيقُ بِهِمَا الِاسْتِيثَاقُ كَمَا فِي التَّعْزِيرِ، بِخِلَافِ الحُدُودِ الخَالِصَةِ لِلّٰهِ تَعَالَىٰ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ» وَلِأَنَّ مَبْنَى الكُلِّ عَلَى الدَّرْءِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الِاسْتِيثَاقُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ لِأَنَّهَا لَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ فَيَلِيقُ بِهَا الِاسْتِيثَاقُ

اللهُ تَعَالَىٰ، مَعْنَاهُ: لَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا عِنْدَهُ، وَقَالَا: يُجْبَرُ، وفي الفوائد الظهيرية: وليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة، وليسَ تفسير الملازمة المنعُ من الذهاب لأنه حبسٌ لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيَّب، وإذا انتهىٰ إلىٰ باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول، وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الحجر إن شاء الله تعالىٰ، هذا إذا كان حدًّا للعباد فيه حقٌّ كحدِّ القذف وكحدِّ السرقة علىٰ قول بعضهم، وأمَّا الحدود الخالصة لله تعالىٰ كحدِّ الشرب والزنىٰ وكحدِّ السرقة علىٰ قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيهما وإن طابت نفسه، أمَّا قبل إقامة البينة فلأنَّ أحدًا لم يستحقَّ عليه حضورَ مجلس الحكم فلم يكفل بحقٍّ واجب على الأصيل، وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستئناف فلا معنىٰ لأخذ الكفيل، وأمَّا في حدِّ القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحقٌّ عليه بنفس الدعوىٰ حتَّىٰ يجبره القاضي على الحضور ويحوِّل بينه وبين أشغاله كما في سائر الحقوق، فإذا كفل عنه كفيلٌ بالنفس جاز.

قوله: كَمَا فِي التَّعْزِيرِ، أي يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير، فإنَّ التعزير محض حق العبد، ويسقط بإسقاطه، ويثبت بالشهادة على الشهادة،

كَمَا فِي التَّعْزِيرِ (وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِهِ يَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَرْتِيبُ مُوجِبِهِ عَلَيْهِ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ فِيهَا وَاجِبٌ فَيُطَالَبُ بِهِ الكَفِيلُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ. قَالَ: (وَلَا يُحْبَسُ فِيهَا حَتَّىٰ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتُورَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ يَعْرِفُهُ القَاضِي) لِأَنَّ الحَبْسَ لِلتُّهْمَةِ هَاهُنَا، وَالتُّهْمَةُ تَثْبُتُ بِأَحَدِ شَطْرَيِ الشَّهَادَةِ: إِمَّا العَدَدُ أَوِ العَدَالَةُ، بِخِلَافِ الحَبْسِ فِي بَابِ الأَمْوَالِ لِأَنَّهُ أَقْصَىٰ عُقُوبَةٍ فِيهِ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي أَنَّ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا لَا يُحْبَسُ فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِشَهَادَةِ الوَاحِدِ لِحُصُولِ الِاسْتِيثَاقِ بِالْكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الخَرَاجِ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ مُمْكِنُ

ويحلف فيه، فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال.

قوله: وَلَوْ سَمَحَتْ نَفْسُهُ بِهِ، أي ولو تبرع المدَّعىٰ عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبرٍ عليه في حدِّ القذف، يَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ.

قوله: وَلَا يُحْبَسُ فِيهَا حَتَّىٰ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ مَسْتُورَانِ أَوْ شَاهِدٌ عَدْلٌ، فإن قيل: قد قلتم يحبسه بإقامة شاهدٍ عدلٍ ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدَّعارة والفساد فيُحبس تعزيرًا له.

قوله: لِأَنَّهُ دَيْنٌ مُطَالَبٌ بِهِ، ألا ترىٰ أنه يُطالب به، ويلازم لأجله، ويمنع وجوب الزكاة، ويؤخذ من تركته في روايةٍ، بخلاف الزكاة لأنه ليسَ بدينٍ بل هو تمليكُ مالٍ مبتدأ، حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وإن كان في الأموال الظاهرة، ثم قوله: دين يطالب به، راجعٌ إلى الكفالة، وقوله: مُمْكِنُ الِاسْتِيفَاءِ، راجعٌ إلى الرهن، أي يطالب به

الِاسْتِيفَاءِ فَيُمْكِنُ تَرْتِيبُ مُوجِبِ العَقْدِ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثُمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا آخَرَ فَهُمَا كَفِيلَانِ) لِأَنَّ مُوجِبَهُ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ وَالْمَقْصُودُ التَّوَثُّقُ، وَبِالثَّانِيَةِ يَزْدَادُ التَّوَثُّقُ فَلَا يَتَنَافَيَانِ (وَأَمَّا الكَفَالَةُ بِالْمَالِ فَجَائِزَةٌ مَعْلُومًا كَانَ المَكْفُولُ بِهِ أَوْ مَجْهُولًا إذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا مِثْلُ أَنْ يَقُولَ

فتصحُّ الكفالة، لأنَّ الكفالة تقتضي دينًا يُطالب به ويمكن الاستيفاء فيصحُّ الرهن لأنَّ الرهن توثيقٌ لجانب الاستيفاء، وإنَّما أوْرَد هذا لأنَّ الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة ووجوبه لحقِّ الشرع كالزكاة فكان ينبغي أن لا تصحُّ الكفالة أو الرهن به، ولكن في حكم المطالبة بالإيماء والحبس فيه هو بمنزلة الديون، فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد به الخراج الموظف.

قوله: لِأَنَّ مُوجِبَهُ التِزَامُ المُطَالَبَةِ، ولهذا قلنا أنَّ إبراء الكفيل لا يرتدُّ بالردِّ، ولمَّا كانت الكفالة لالتزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الأول لأنه قابل للتعدُّد، ألا ترىٰ أنَّهما لو كفلا جميعًا معًا بنفسه جاز، فكذا إذا كفلا على التعاقب، ثمَّ لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصيل برئ هو دون صاحبه، وليس هذا كالدَّين لو كفل به رجلٌ ثمَّ كفل به آخر فقضاه أحدهما يبرءان، وفي التفاريق: والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أيُّهم سلم الأصيل كان كتسليمهم، وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا كفل الثاني برئ الكفيل الأوَّل، وهذا بناءٌ علىٰ أصله أنَّ الكفيل إذا كفل بالدين برئ المطلوب.

قوله: إذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا، أي الدين الذي لا يسقط إلَّا بالأداء أو الإبراء، بخلاف دين الكتابة فإنه دينٌ ضعيفٌ لأنه يثبت مع المنافي وهو الرقُّ لهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه.

تَكَفَّلْتُ عَنْهُ بِأَلْفٍ أَوْ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا يُدْرِكُكَ فِي هٰذَا البَيْعِ) لِأَنَّ مَبْنَى الكَفَالَةِ عَلَى التَّوَسُّعِ فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الجَهَالَةَ، وَعَلَى الكَفَالَةِ بِالدَّرَكِ إِجْمَاعٌ وَكَفَىٰ بِهِ حُجَّةً، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَجَّةٍ صَحَّتِ الكَفَالَةُ وَإِنْ أُحْتُمِلَتِ السِّرَايَةُ وَالِاقْتِصَارُ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا صَحِيحًا وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَكُونَ بَدَلَ الكِتَابَةِ، وَسَيَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَالْمَكْفُولُ لَهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ طَالَبَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ كَفِيلَهُ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي المُطَالَبَةِ وَذٰلِكَ يَقْتَضِي قِيَامَ الأَوَّلِ لَا البَرَاءَةَ عَنْهُ، إِلَّا إِذَا شَرَطَ فِيهِ البَرَاءَةَ فَحِينَئِذٍ تَنْعَقِدُ حَوَالَةً اعْتِبَارًا لِلْمَعْنَىٰ، كَمَا أَنَّ الحَوَالَةَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبْرَأَ بِهَا المُحِيلُ تَكُونُ كَفَالَةً (وَلَوْ طَالَبَ أَحَدَهُمَا لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الآخَرَ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُمَا) لِأَنَّ مُقْتَضَاهُ الضَّمُّ، بِخِلَافِ المَالِكِ إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِ الغَاصِبَيْنِ لِأَنَّ

قوله: وَعَلَى الكَفَالَةِ بِالدَّرَكِ إِجْمَاعٌ، مثل أن يقول للمشتري: أنا ضامنٌ للثمن إن استحقَّ المبيع أحد، وأصل اللحوق في الدَّرك، وقدرُ ما يلحقه من الدَّرك مجهولٌ.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَجَّةٍ، بأن قال: كفلتُ بما أصابكَ في هذه الشجة التي شجَّك فلانٌ، وهيَ خطأ يصحُّ، بلغت النفس أو لم تبلغ، ومقدار ما التزمه بِهذه الكفالة مجهولٌ لأنه لا يدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة، وهل يسري إلى النفس أو لا يسري؟ وإن كانت عمدًا فعلىٰ تقدير السراية يجب القصاص أيَّ شجةٍ كانت إذا شجَّها بآلةٍ جارحةٍ، ولا تصحُّ الكفالةُ في القصاص.

قوله: بِخِلَافِ المَالِكِ إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ أَحَدِ الغَاصِبَيْنِ، أي بالقضاء أو الرضاء،

اخْتِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ مِنْهُ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّمْلِيكُ مِنَ الثَّانِي، أَمَّا الْمُطَالَبَةُ بِالْكَفَالَةِ لَا تَتَضَمَّنُ التَّمْلِيكَ فَوَضَحَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الكَفَالَةِ بِالشُّرُوطِ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَا بَايَعْتُ فُلَانًا فَعَلَيَّ أَوْ مَا ذَابَ لَك عَلَيْهِ فَعَلَيَّ أَوْ مَا غَصَبَك فَعَلَيَّ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وَالْإِجْمَاعُ

لأنه إذا ضمَّن أحدهما بالرضاء أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه، فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمَّن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، حتَّى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدَّين ملكًا له، فلا يكون له مطالبة الآخر، وفي الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضاء وقضاء له تضمين الآخر أيضًا.

قوله: مِثْلُ أَنْ يَقُولَ مَا بَايَعْتُ فُلَانًا، وإنَّما قيَّد بقوله: فُلَانًا، ليصير المكفول عنه معلومًا، لأنَّ جهالته تمنع صحة الكفالة، حتَّىٰ لو قال: ما بايعتُ أحدًا من الناس فأنا لذلك ضامن، لا يجوز، لأنَّ المكفول عنه مجهولٌ وكذا المكفول به فتفاحشت الجهالة، وفي الإيضاح: ولو قال: من قتلك من الناس، أو غصبك من الناس، أو ما بايعتَ من الناس فأنا لذلك ضامنٌ، فهو باطلٌ.

قوله: وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، فالآية تدلُّ علىٰ أنَّ جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، إذ حمل البعير مجهولٌ، وعلىٰ أنَّ تعليق الكفالة بالشرط جائزٌ حيث علَّق الكفالة بشرط المجيء بالصُّواع، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قصَّ الله ورسوله بلا إنكارٍ، فإن قيل: الكفيل من يكون ضامنًا عن الغير وهذا القائل كان ضامنًا عن نفسه، لأنه كان مستأجرًا والمستأجر ضامن للأجر سواءٌ كان أصيلًا أو وكيلًا، وإذا كان ضامنًا للأجرة بحكم العقد لم يتصوَّر أن يكون كفيلًا عن غيره، فكان

مُنْعَقِدٌ عَلَىٰ صِحَّةِ ضَمَانِ الدَّرَكِ، ثُمَّ الأَصْلُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ مُلَائِمٍ لَهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا لِوُجُوبِ الحَقِّ كَقَوْلِهِ إِذَا اسْتَحَقَّ المَبِيعَ، أَوْ لِإِمْكَانِ الِاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ: إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، أَوْ لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ مِثْلُ قَوْلِهِ: إِذَا غَابَ عَنِ البَلْدَةِ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الشُّرُوطِ فِي مَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، فَأَمَّا لَا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ كَقَوْلِهِ: إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ المَطَرُ وَكَذَا إِذَا جَعَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا أَجَلًا، إِلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ

معنىٰ قوله: وأنا به زعيمٌ، أنا ضامنٌ للأجر بحكم الإجارة لا بحكم الكفالة، قلنا: الزعيمُ الكفيلُ، وأمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادي للعير: إنَّ الملك يقول لكم لِمَن جاء به حمل بعير وأنا كفيلٌ بذلك، فيكون كفالةً عن الملك لا عن نفسه، لأنَّ المنادي كان رسولًا من جهة الملك، والرسول بالاستئجار يصلح أن يكون كفيلًا بالأجر عن المرسل، فإن قيل: قد ظَهَر انتساخه لأنَّ الكفالة لا تصحُّ لمجهولٍ إجماعًا والمكفول له مجهولٌ هنا، قلنا: فيه أمران: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافةً إلىٰ سبب وجوب المال، فانتساخ الأوَّل لا يدلُّ على انتساخ الثانِي، والإجماع منعقدٌ علىٰ صحة الكفالة بالدرك وهيَ مضافةٌ إلىٰ سبب الوجوب بالاستحقاق.

قوله: إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، وإنَّما قيَّد بقوله: وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ، لأنه إذا علَّق الكفالة بقدوم أجنبيٍّ ليس بمكفولٍ عنه لا يصحُّ، لأنَّ قدوم الأجنبيِّ ليس بميسِّر تسليم ما التزمه فيكون تعليقًا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطلٌ، كما لو علَّقه بدخول الدار، ومعنى قولنا: باطلٌ، أنَّ الشرط باطلٌ، فأمَّا الكفالة فصحيحةٌ، إذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره.

قوله: وَكَذَا إِذَا جَعَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، أي من هبوب الريح ومجيء المطر، أَجَلًا، بأن

الْكَفَالَةُ وَيَجِبُ المَالُ حَالًّا لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَمَّا صَحَّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ. (فَإِنْ قَالَ تَكَفَّلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقَامَتِ البَيِّنَةُ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ ضَمِنَهُ الكَفِيلُ) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً فَيَتَحَقَّقُ مَا عَلَيْهِ فَيَصِحُّ الضَّمَانُ بِهِ (وَإِنْ لَمْ تَقُمِ البَيِّنَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقْدَارِ مَا يَعْتَرِفُ بِهِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلزِّيَادَةِ (فَإِنِ اعْتَرَفَ المَكْفُولُ عَنْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ لَمْ يُصَدَّقْ عَلَىٰ كَفِيلِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الغَيْرِ وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ (وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَتَجُوزُ الكَفَالَةُ بِأَمْرِ المَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا

قال: تكفلتُ إلىٰ أن تمطر السماء، أو تَهبَّ الريح، إِلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الكَفَالَةُ، أي فيما إذا جعل واحدًا منهما شرطًا أو أجلًا تصحُّ الكفالة ويجب المال حالًا، لأنَّ ما جاز تعليقه بالشروط لا يبطله الشروط الفاسدة، كالطلاق والعتاق، ولأنه في الحال تمليكُ مطالبةٍ بلا عوضٍ، ولو كان تمليكُ مالٍ من غير عوضٍ كالهبة بالشرط لا يفسد فهٰهنا أَوْلىٰ.

قوله: لَمْ يُصَدَّقْ عَلَىٰ كَفِيلِهِ، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الغَيْرِ، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا ما إذا قال رجلٌ لرجلٍ: ما ذابَ لك علىٰ فلان فهو عليَّ، ورضيَ بذلك الطالب فقال المطلوب: لك عليَّ ألف درهم، وقال الطالب: لي عليك ألفان، وقال الكفيل: ما لكَ عليه شيءٌ، فالقول قولُ المطلوب، وقد لزم هناك على الكفيل ما أقرَّ به المكفول عنه مع أنه لا ولايةَ لهُ عليه ومع أنَّ قوله ليس بحجةٍ على الكفيل، قلنا: قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: ليسَ هو بإلزام على الكفيل بقول المطلوب، بل هو إيجاب المال على الكفيل بكفالته، لأنه لمَّا قيَّد الكفالة بالذوب مع علمه أنَّ الذوب قد يحصل عليه بإقراره فقد صار ملتزمًا ذلك بكفالته.

وَلِأَنَّهُ الْتِزَامُ الْمُطَالَبَةِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِيهِ نَفْعٌ لِلطَّالِبِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى المَطْلُوبِ بِثُبُوتِ الرُّجُوعِ إِذْ هُوَ عِنْدَ أَمْرِهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ (فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّىٰ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ قَضَىٰ دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ (وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا يُؤَدِّيهِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ، وَقَوْلُهُ رَجَعَ بِمَا أَدَّىٰ مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّىٰ مَا ضَمِنَهُ، أَمَّا إِذَا أَدَّىٰ خِلَافَهُ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ مَلَكَ

قوله: فَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّىٰ، هذا إذا كان الآمر وهو المكفول عنه ممَّن يجوز إقراره علىٰ نفسه بالديون، حتى أنَّ المكفول عنه إذا كان صبيًّا محجورًا أو أمر رجلًا بأن يكفل عنه فكفل وأدَّىٰ لا يرجع على الصبيِّ أصلًا، وكذا العبد المحجور إذا أمر رجلًا بأن يكفل فكفل عنه فأدَّىٰ لا يرجع عليه إلا بعد العتق، وإذا كفل عن الصبي المأذون بأمره وأدَّىٰ كان له أن يرجع بذلك عليه.

قوله: أَمَّا إِذَا أَدَّىٰ خِلَافَهُ، بأن كفلَ عن رجلٍ بدراهم جيَاد وأعطى الطالب زيوفًا رجع بمثل ما ضمنه على الأصيل، لأنه ملك الدَّين بالأداء كما إذا مَلَك بالهبة بأن وهبَ المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين تصحُّ إذا سلطه عليه في الجملة، أو يجعل ذلك نقلًا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكنٌ لأنَّ له ولاية نقل الدين إليه بإحالة ربِّ الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرُّفهما، أو بالإرث بأن ماتَ الطالب فورثه منه، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب، وذلك بأن أحالَ علىٰ إنسان ولم يكن على المحتال عليه دينٌ فأدَّى المحتال عليه دنانير أو عروضًا عن الدراهم الدين، أو وهب له المحتال له الدين، أو تصدَّقَ عليه، أو ورثَ منه فإنه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين، لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه، بخلاف المأمور بأداء الدين حيث يرجع بما أدَّىٰ لأنه لم يجب عليه شيءٌ حتى يملكه بالأداء، بل كان مقرضًا فيرجع بما أدَّىٰ إذا كان المؤدَّىٰ

الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الطَّالِبِ، كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالْهِبَةِ أَوْ بِالْإِرْثِ، وَكَمَا إِذَا مَلَكَهُ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الحَوَالَةِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ حَيْثُ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّىٰ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ حَتَّىٰ يَمْلِكَ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ الكَفِيلُ الطَّالِبَ عَنِ الأَلْفِ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبْرَأَ الكَفِيلَ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ المَكْفُولَ عَنْهُ بِالْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ)

مثل المأمور بأدائه أو دونه، حتىٰ أنَّ من أمره بقضاء دينه وهو جياد فأدَّىٰ زيوفًا فتجوز لها من له الدراهم يرجع المأمور بالزيوف على الآمر، ولو أمره بقضاء دينه وهو زيوفٌ فأدَّى الجياد رجع بالزيوف أيضًا، لأنَّ الرجوع هناك بحكم الآمر بالأداء فلا بدَّ من اعتبار الأمر وهو الأداء، ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حقِّ الزيادة، وفي الفصل الأول وإن وجد الأمر لم يوجد الأداء، كذا في الذخيرة، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف علىٰ خمس مائةٍ، أي هناك يرجع على المكفول عنه بما أدَّىٰ وهو خمس مائة درهم، لا بما ضمن وهو ألف درهم لأنَّ الصلح علىٰ أقلَّ من جنس حقه إبراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والإبراء إسقاطٌ فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة، وإنَّما قيَّد بقوله علىٰ خمس مائة درهم احتِرازًا عمَّا لو صالح علىٰ جنسٍ آخر من الدَّنانير أو العروض في ذلك يرجعُ على المكفول عنه بجميع الألف التي كَفَل علىٰ ما يجيء بعدَ هذا إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: وَلَيْسَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يُطَالِبَ المَكْفُولَ عَنْهُ بِالْمَالِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ، فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، فإنَّ له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدِّىٰ، والوجه فيه أنَّ الكفيلَ ملتزمٌ للمطالبة وإنَّما يتملَّك الدين بالأداء وقبل الأداء لا ملكَ له فلا يرجعُ عليه، فأمَّا في باب الشراء فالوكيلُ من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري، حتَّى لو اختلفا في

لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ قَبْلَ الأَدَاءِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ يَرْجِعُ قَبْلَ الأَدَاءِ لِأَنَّهُ انْعَقَدَ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ. قَالَ: (فَإِنْ لُوزِمَ بِالْمَالِ كَانَ لَهُ أَنْ يُلَازِمَ المَكْفُولَ عَنْهُ حَتَّىٰ يُخَلِّصَهُ) وَكَذَا إِذَا حُبِسَ كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَنَّهُ لَحِقَهُ مَا لَحِقَهُ مِنْ جِهَتِهِ فَيُعَامِلُهُ بِمِثْلِهِ (وَإِذَا أَبْرَأَ الطَّالِبُ المَكْفُولَ عَنْهُ أَوِ اسْتَوْفَىٰ مِنْهُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِأَنَّ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ (وَإِنْ أَبْرَأَ الكَفِيلَ لَمْ يَبْرَأْ الأَصِيلُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَعٌ، وَلِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ وَبَقَاءَ الدَّيْنِ عَلَى الأَصِيلِ بِدُونِهِ جَائِزٌ (وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ الطَّالِبُ عَنِ الأَصِيلِ فَهُوَ تَأْخِيرٌ عَنِ الكَفِيلِ، وَلَوْ أَخَّرَ عَنِ الكَفِيلِ

مقدار الثمن يتحالفان، وللوكيل ولايةُ حبس المشترى عن الموكل لأجل الثمن، فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع، فصار كأنَّ الوكيل اشترىٰ شيئًا وقبضه ولم يدفع الثمن وباعَ من غيره فللمشتري الأوَّل أن يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل أن ينقد هو الثمن إلى البائع الأوَّل.

قوله: لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ، احتِراز عمَّا قال بعضم بوجوب أصل الدين في ذمَّة الكفيل.

قوله: وَلِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ، أي على الكفيل المطالبةَ دون الدين عندنا، وهيَ تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة، إذ المطالبة بالدَّين ولا دَينَ بحالٍ فلَزِمَ من إبراء الأصيل إبراء الكفيل، وليسَ من ضرورة سقوط المطالبة وهيَ فرع الدين سقوط الأصل وهو الدَّين، وإلا يلزم جعل التبع أصلًا والأصل تبعًا، فلم يلزم من إبراء الكفيل إبراء الأصيل.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ – إلىٰ قوله – لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبْرَاءٌ مُوَقَّتٌ فَيُعْتَبَرُ بِالْإِبْرَاءِ المُؤَبَّدِ،

لَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبْرَاءٌ مُوَقَّتٌ فَيُعْتَبَرُ بِالْإِبْرَاءِ المُؤَبَّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِالْمَالِ الحَالِّ مُؤَجَّلًا إِلَىٰ شَهْرٍ فَإِنَّهُ يَتَأَجَّلُ عَنِ الأَصِيلِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الدَّيْنُ حَالَ وُجُودِ الكَفَالَةِ فَصَارَ الأَجَلُ دَاخِلًا فِيهِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ صَالَحَ الكَفِيلُ رَبَّ المَالِ عَنِ الأَلْفِ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ فَقَدْ بَرِئَ

أي فيما بين الأصيل والكفيل، فأمَّا الإبراء المؤقَّت والمؤبَّد يفترَقان في حقِّ الكفيل، فإنَّ الإبراء المؤبَّد للكفيل لا يرتدُّ بردِّه، وأمَّا الإبراء المؤقَّت يرتدُّ بردِّه ويكون الدين عليه حالًا لأنَّ الإبراء المؤبَّد إسقاط في حقِّه والإسقاط لا يرتدُّ بردِّه، وأمَّا الإبراء المؤقَّت فهو تأخير المطالبة وليس بإسقاط، ألا ترىٰ أنَّ المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض.

قوله: أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ، لأنَّ تأخير الكفيل بعد ما كفل حالًا تأخير المطالبة عن الكفيل، إذ الملتزم بالكفالة المطالبة فكان تأخيرًا للملتزم فلا يثبت التأخير في حقِّ الدين، لأنَّ الدين لم يذكر في معرض التأجيل، وأمَّا في هذه المسئلة ذكر الدين في معرض التأجيل أوْجَب المطالبة عليه ابتداءً موجَّلةً ولن يكون عليه مؤجَّلًا ابتداءً إلَّا بعد ثبوت التأجيل في حقِّ الأصيل، لأنَّ حالة وجود الكفالة لا حقَّ يقبل الأجل إلَّا الدين فيأجل في حقِّهما.

قوله: فَإِنْ صَالَحَ الكَفِيلُ رَبَّ المَالِ عَنِ الأَلْفِ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ، إلىٰ آخره، المسئلة علىٰ أربعة أوجهٍ: إن شرطا برائتهما في الصلح برئا جميعًا عن خمس مائةٍ، وإن شرطا براءة المطلوب فكذلك يبرءان جميعًا، وإن شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمس مائةٍ لا غير، وإن لم يشتَرطا في الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب صالحتكَ عن الألف علىٰ خمس مائةٍ ولم يزد على هذا، وهي مسئلة الكتاب، برئا جميعًا، لأنَّ إضافة

الكَفِيلُ وَالَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الصُّلْحَ إِلَى الأَلْفِ الدَّيْنِ وَهِيَ عَلَى الأَصِيلِ فَبَرِئَ عَنْ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَبَرَاءَتُهُ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ، ثُمَّ بَرِئَا جَمِيعًا عَنْ خَمْسِمِائَةٍ بِأَدَاءِ الكَفِيلِ، وَيَرْجِعُ الكَفِيلُ عَلَى الأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ جِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ فَمَلَكَهُ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الأَلْفِ، وَلَوْ كَانَ صَالَحَهُ عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالْكَفَالَةِ لَا يَبْرَأُ الأَصِيلُ؛ لِأَنَّ هٰذَا إِبْرَاءُ الكَفِيلِ عَنِ المُطَالَبَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِكَفِيلٍ ضَمِنَ لَهُ مَالًا قَدْ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ المَالِ رَجَعَ الكَفِيلُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) مَعْنَاهُ بِمَا ضَمِنَ لَهُ بِأَمْرِهِ لِأَنَّ البَرَاءَةَ الَّتِي ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ وَانْتِهَاؤُهَا إِلَى الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْإِيفَاءِ، فَيَكُونُ هٰذَا إِقْرَارًا بِالْأَدَاءِ فَيَرْجِعُ (وَإِنْ قَالَ أَبْرَأْتُكَ لَمْ يَرْجِعِ الكَفِيلُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَرَاءَةٌ لَا تَنْتَهِي إِلَىٰ غَيْرِهِ وَذٰلِكَ بِالْإِسْقَاطِ فَلَمْ

الصلح إلى الألف إضافةٌ إلىٰ ما على الأصيل فأوْجَل براءته فيبرأ الكفيل ضرورةً ويرجع الكفيل على الأصيل بخمس مائةٍ إن كانت الكفالة بأمره، لأنه أوْفى هذا القدر، بخلاف ما إذا صالح علىٰ جنسٍ آخر لأنه مبادلةٌ فيملكه فيرجع بجميع الألف، وَلَوْ كَانَ صَالَحَهُ عَمَّا اسْتَوْجَبَ بِالْكَفَالَةِ، أي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة، صورته ما ذكر في المبسوط: أنه لو صالح علىٰ مائة درهم علىٰ أن يبرأ الكفيل خاصَّةً من الباقي رَجَع الكفيل على الأصيل بمائةٍ ورجع الطالب على الأصيل بتسع مائةٍ، لأنَّ إبراء الكفيل يكون فسخًا للكفالة ولا يكون إسقاطًا لأصل الدَّين.

يَكُنْ إِقْرَارًا بِالْإِيفَاءِ. وَلَوْ قَالَ بَرِئْتُ قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ مِثْلُ الثَّانِي لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ البَرَاءَةَ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ وَالْإِبْرَاءِ فَيَثْبُتُ الأَدْنَىٰ إِذْ لَا يَرْجِعُ الكَفِيلُ بِالشَّكِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ مِثْلُ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبَرَاءَةٍ ابْتِدَاؤُهَا مِنَ المَطْلُوبِ وَإِلَيْهِ الإِيفَاءُ دُونَ الإِبْرَاءِ. وَقِيلَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرْجِعُ فِي البَيَانِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ هُوَ المُجْمَلُ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ البَرَاءَةِ مِنَ الكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ) لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ كَمَا فِي سَائِرِ البَرَاءَاتِ. وَيُرْوَىٰ أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ عَلَيْهِ المُطَالَبَةَ دُونَ الدَّيْنِ فِي الصَّحِيحِ فَكَانَ إِسْقَاطًا مَحْضًا كَالطَّلَاقِ، وَلِهٰذَا لَا يَرْتَدُّ الإِبْرَاءُ عَنِ الكَفِيلِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبْرَاءِ الأَصِيلِ.

قَالَ: (وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الكَفِيلِ لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهِ

قوله: فَيَثْبُتُ الأَدْنَىٰ، وهو براءة الكفيل بدون الإيفاء، وذلك لأنَّ قوله: برئت يحتمل البَراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالإبراء فقد تيقَّنا بحصول البراءة بأيِّ أمر كان وشكَّكنا في الأداء فلا يثبت بالشكِّ، وفرق محمد رحمه الله تعالىٰ بين هذا وبين ما إذا كتب الطالب صكًّا وذكر فيه: برئ الكفيل من الدَّراهم التي كفل بها، فإنه يكون إقرارًا بالقبض عندهم جميعًا، والفرق هو أنَّ العرف بين الناس أنَّ الصكَّ يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت البراءة بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصكُّ عليه فجعلت الكتابة به إقرارًا بالقبض عُرفًا.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، وهذا علىٰ قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهرٌ، وكذا علىٰ قول غيره لأنَّ فيها تمليكُ المطالبة وهيَ كالدين لأنَّها وسيلةٌ إليه

كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) مَعْنَاهُ بِنَفْسِ الحَدِّ لَا بِنَفْسِ مَنْ عَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ إِيجَابُهُ عَلَيْهِ، وَهٰذَا لِأَنَّ العُقُوبَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا النِّيَابَةُ.

قَالَ: (وَإِذَا تَكَفَّلَ عَنِ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ جَازَ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ (وَإِنْ تَكَفَّلَ عَنِ البَائِعِ بِالْمَبِيعِ لَمْ تَصِحَّ) لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَضْمُونٍ بِغَيْرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ وَالْكَفَالَةُ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ وَإِنْ كَانَتْ تَصِحُّ عِنْدَنَا ..............

والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط.

قوله: لِأَنَّ العُقُوبَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا النِّيَابَةُ، لأنه لا يحصل المقصود بِها وهو الزجر.

قوله: وَإِنْ تَكَفَّلَ عَنِ البَائِعِ بِالْمَبِيعِ، علىٰ معنى أنه لو هلك فعلىٰ بدله لم يصح.

قوله: لِأَنَّهُ عَيْنٌ مَضْمُونٍ بِغَيْرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ، وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيءٌ وإنما يسقطُ حقه في الثمن، وإذا كان المبيع مضمونًا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقُّق معنى الكفالة، إذ هيَ ضمُّ الذمة إلى الذمة في المطالبة ولا يتحقُّق الضم بين المختلفين، فإنَّ ما ثبت على الأصيل وهو سقوطُ حقه في الثمن لا يمكن إثباته في حقِّ الكفيل، وما أمْكَن إثباته على الكفيل من كونه مضمونًا عليه بالقيمة لا يمكن إثباته على الأصيل، بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصحُّ لتحقُّق معنى الضمِّ فيها، ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يمكن الإيجاب على الكفيل بمثل ما وَجَب على الأصيل، وفي التحفة: الكفالة بأمانةٍ غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصحُّ أصلًا، والكفالة بأمانةٍ واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصحُّ الكفالة بتسليم العين، ومتىٰ هلك لا يجب شيءٌ، وفي الإيضاح: وأمَّا العارية فعينها غير مضمونةٌ وتسليمها مضمونٌ فإن ضمن التسليم جاز، وفي الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحةٌ.

خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، لٰكِنْ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا كَالْمَبِيعِ بَيْعًا فَاسِدًا وَالْمَقْبُوضِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالْمَغْصُوبِ، لَا بِمَا كَانَ مَضْمُونًا بِغَيْرِهِ كَالْمَبِيعِ وَالْمَرْهُونِ، وَلَا بِمَا كَانَ أَمَانَةً كَالْوَدِيعَةِ وَالْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ وَمَالِ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ. وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ أَوْ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ بَعْدَ القَبْضِ إِلَى الرَّاهِنِ أَوْ بِتَسْلِيمِ الْمُسْتَأْجَرِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ جَازَ لِأَنَّهُ التَزَمَ فِعْلًا وَاجِبًا.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلْحَمْلِ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِعَيْنِهَا لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالْحَمْلِ) لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْهُ (وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ عَيْنِهَا جَازَتِ الكَفَالَةُ) لِأَنَّهُ

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لٰكِنْ بِالْأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا، أي بقيمتها، قال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا تصحُّ الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها، والكلام فيه راجعٌ إلى الأصل الذي ذكرنا أنَّ عند الخصم موجب الكفالة له التزام أصل الدين في الذِّمة فكان محل الكفالة الديون لا الأعيان، ولأنَّ من شرط صحة الكفالة أن يكون الكفيل قادرًا على الإيفاء من عنده، وهذا متصوَّرٌ في الديون، ونحن نقول بأنَّ الكفالة ضمُّ الذمة إلى الذمة في التزام ما كان مضمونًا على الأصيل وردُّ العين مضمونٌ على الأصيل فصحَّ الالتزام من الكفيل.

قوله: وَلَوْ كَفَلَ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ - أي بعد دفع الثمن إلى البائع - أَوْ بِتَسْلِيمِ الرَّهْنِ بَعْدَ القَبْضِ، أي كفل بتسليم الرهن عن المرتَهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتَهن الدين، وفي الذخيرة: والكفالة عن المرتَهن للرَّاهن لا تصحُّ سواءٌ حصلت الكفالة بعين الرهن أو بردِّه حتى يقضي الدين، وفي الإيضاح: وإن كفل كفيلٌ بتسليم الرهن إلى الرَّاهن جاز لأنه مستحقٌّ على المرتَهن ردُّه إذا قضى الدين، فإن هَلَكَ سقط الضمان.

يُمْكِنُهُ الحَمْلُ عَلَىٰ دَابَّةِ نَفْسِهِ وَالْحَمْلُ هُوَ المُسْتَحِقُّ (وَكَذَا مَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِخِدْمَتِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ المَكْفُولِ لَهُ فِي المَجْلِسِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا: يَجُوزُ إِذَا بَلَغَهُ أَجَازَ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسَخِ الإِجَازَةَ، وَالْخِلَافُ فِي

قوله: فَهُوَ بَاطِلٌ، لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنه عاجزٌ عنه، لأنه لا ولايةَ له في الحمل على دابة غيره.

قوله: وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي بَعْضِ النُّسَخِ الإِجَازَةَ، أي في بعض نسخ كفالة المبسوط، لأنه ذكر هذه المسئلة في الباب الأول من كفالة المبسوط، وقال بعد ما ذكر قولهما: وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ الأول، ثمَّ رجع وقال: هو جائزٌ وإن لم يكن الطالب حاضرًا، ثمَّ قال في موضع آخر من هذا الكتاب: هو موقوفٌ عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وفي قوله الآخر: حتَّى إذا بلغ الطالب فقبله جاز، كذا في النهاية، وذكر العلامة النسفي في الكافي: اختلفوا علىٰ قوله، فقيل: عنده تصحُّ بوصف التوقف، حتَّىٰ لو رضي به الطالب ينفذ وإلا تبطلُ، وقيل: جائزٌ عنده بوصف النفاذ، ورضى الطالب ليس بشرطٍ عنده، وهو الأصحُّ لأنه تصرف التزام من الكفيل ولا إلزامَ فيه على الغير فيتمُّ بالملتزم وحده كالإقرار، ولهذا تصحُّ مع الجهالة، ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعًا للفضوليِّ في النكاح إذا تزوَّج امرأةً وليس عنها قابلٌ يتوقَّف عنده علىٰ إجازتِها فيما وراء المجلس، كأنه جعل قوله: كفلتُ لفلانٍ عن فلانٍ بكذا عقدًا تامًّا لكنه تصرُّف للغير فيتوقَّف علىٰ رضاه، وعندهما لا يتوقَّف لأنه شطر العقد فلا يتوقف علىٰ ما وراء المجلس، لأنه عقد تمليكٍ علىٰ معنى أنَّ المطالبة لم تكن مملوكةً له وملكها بعقد الكفالة والتمليكُ بالشطرين فكان كلام الواحد

الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ جَمِيعًا. لَهُ أَنَّهُ تَصَرُّفُ التِزَامٍ فَيَسْتَبِدُّ بِهِ المُلْتَزِمُ، وَهٰذَا وَجْهُ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ عَنْهُ. وَوَجْهُ التَّوَقُّفِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ. وَلَهُمَا أَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المُطَالَبَةِ مِنْهُ فَيَقُومُ بِهِمَا جَمِيعًا وَالْمَوْجُودُ شَطْرُهُ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ مَا وَرَاءَ المَجْلِسِ (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ أَنْ يَقُولَ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ تَكَفَّلْ عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ فَكَفَلَ بِهِ مَعَ غَيْبَةِ الغُرَمَاءِ جَازَ) لِأَنَّ ذٰلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الحَقِيقَةِ وَلِهٰذَا تَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ المَكْفُولَ لَهُمْ، وَلِهٰذَا قَالُوا: إِنَّمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَ لَهُ

شطر العقد وشطر العقد لا يتوقَّفُ علىٰ ما وراء المجلس.

قوله: إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، استثناءٌ من قوله: إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد، أي تصحُّ الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما، لكن هو جواب الاستحسان، وأمَّا في جواب القياس فلا يجوز علىٰ قولهما في هذه المسئلة أيضًا، لأنَّ الطالب غير حاضرٌ فلا يتمُّ الضمان إلا بقبوله، ولأنَّ الصحيح لو قال: هذا لورثته أو لغيرهم، لم يصح إذ ضمنوه، فكذلك ههنا.

قوله: لِأَنَّ ذٰلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الحَقِيقَةِ، أي فيه معنى الوصية، وَلِهٰذَا تَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ المَكْفُولَ لَهُمْ، ولا الدين، ولهذا قالوا إنَّما تصحُّ إذا كان له مالٌ لا أن يكون ذلك وصيةً من كل وجهٍ، لأنه لو كان ذلك وصيةً لَمَا اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض، وجه الاستحسان أنَّ حق الورثة والغرماء متعلِّق بتَركته بمرضه علىٰ أن يتمُّ ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونِهم من التَّركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه، لأنه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته، أو يقال: إنه أي المريض قام مقام الطالب لحاجته إلىٰ أن يقوم مقام الطالب في

مَالٌ أَوْ يُقَالُ إِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ تَفْرِيغًا لِذِمَّتِهِ وَفِيهِ نَفْعُ الطَّالِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِهٰذَا اللَّفْظِ، وَلَا يُشْتَرَطُ القَبُولُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ دُونَ المُسَاوَمَةِ ظَاهِرًا فِي هٰذِهِ الحَالَةِ فَصَارَ كَالْأَمْرِ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ المَرِيضُ ذٰلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا فَتَكَفَّلَ عَنْهُ رَجُلٌ

تفريغ ذمته، وفيه نفع الطالب أيضًا وهو وصول حقه إليه، فصار كما إذا حضر الطالب وقال للوارث: تكفل عن أبيك لي.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ القَبُولُ، أي قبول المريض، لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحْقِيقُ دُونَ المُسَاوَمَةِ، وهذا جوابُ سُؤالٍ مقدَّرٍ وهو أن يقال: لمَّا قام المريضُ مقام الطالب ينبغي أن يكون قبول المريض شرطًا، كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا، لِمَا أنَّ الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له، كما لو قال المشتري لرجل: بعني، فقال البائع: بعتُ، لم يتم البيع حتى يقول المشتري: اشتريتُ، ولا يقوم قوله: بعني، مكان قوله: اشتريتُ، فأجاب أنَّ الظاهر من حال المريض أن يريد بهذا التحقيق دون المساومة فكان قوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلت الكفالة، فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة: زوجيني نفسكِ، فقالت المرأة: زوجتُ، كان هذا بمنزلة قولهما: زوجت وقبلت.

قوله: وَلَوْ قَالَ المَرِيضُ ذٰلِكَ لِأَجْنَبِيٍّ - فضمن الأجنبي دينه - اخْتَلَفَ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَىٰ فِيهِ، قال بعضهم: لا يصحُّ هذا الضمان لأنَّ الأجنبي غير مطالبٍ بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريضُ والصحيحُ في حقه سواء، وقال بعضهم: يصحُّ هذا الضمان لأنَّ المريض قَصَدَ به النظر لنفسه، والأجنبيُّ إذا قضى الدين بأمره يرجع به في تركته، فيصحُّ هذا من المريض علىٰ أن يجعل قائمًا مقام الطالب لتضيُّق الحال عليه لكونه

لِلْغُرَمَاءِ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: تَصِحُّ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِحَقِّ الطَّالِبِ، وَلَمْ يُوجَدِ الْمُسْقِطُ وَلِهٰذَا يَبْقَىٰ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الآخِرَةِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ بِهِ إِنْسَانٌ يَصِحُّ، وَكَذَا يَبْقَىٰ إِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ مَالٌ. وَلَهُ أَنَّهُ كَفَلَ بِدَيْنٍ سَاقِطٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ هُوَ الفِعْلُ حَقِيقَةً وَلِهٰذَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ. لٰكِنَّهُ فِي الحُكْمِ مَالٌ لِأَنَّهُ يَؤُولُ إِلَيْهِ فِي

علىٰ شرف الهلاك، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ به بالقياس.

قوله: وَلَمْ يُوجَدِ الْمُسْقِطُ، وهذا لأنَّ الدين كان واجبًا عليه في حياته فلا يسقط إلَّا بالإيفاء أو بالإبراء أو بانفساخ سبب الوجوب، وبالموت لم يتحقَّق شيءٌ من ذلك فلهذا يؤاخذ به في الآخرة، ولو تبرَّع إنسانٌ بقضائه جاز التبرع عن الميت، ولو برئ لَمَا حلَّ لصاحبه الأخذ من المتبرع، ولو كان بالدين كفيلٌ بقي عل كفالته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لأنَّ سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل.

قوله: فِي حَقِّ أَحْكَامِ الآخِرَةِ، أي في حقِ الإثم.

قوله: كَفَلَ بِدَيْنٍ سَاقِطٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ هُوَ الفِعْلُ، يعني أنَّ شرط الكفالة بدينٍ قيامُهُ في ذمة الأصيل، والدين ههنا غير ثابت، وهذا لأنَّ الدين عبارة عن فعلٍ واجبٍ في الذمة أعني فعل تمليك المال أو تسليمه، ألا ترىٰ أنه يوصف بالوجوب، يُقال: دينٌ واجبٌ، والوجوب صفة الأفعال دون الأعيان، إذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذمّ والإثم على الاخلال به، وهذا إنَّما يتصوَّر في الأفعال دون الأعيان لأنَّ الأعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصوَّر الإخلال بتحصيلها منهم، ولا فعلَ ههنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال أو تمليكه، وإذا ثبتَ أنَّ الدين عبارة عن الفعل وأنه يفتقر إلى القدرة لأنَّ وجوبه بدونِها تكليف العاجز ولا قدرةَ هنا، أمَّا بنفسه فظاهرٌ وكذا

الْمَآلِ وَقَدْ عَجَزَ بِنَفْسِهِ وَبِخَلَفِهِ فَفَاتَ عَاقِبَةُ الِاسْتِيفَاءِ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً، وَالتَّبَرُّعُ لَا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَوْ لَهُ مَالٌ ...............

بخلفه لأنه لم يبق عنه كفيلٌ والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسًا، فكان عاجزًا أصلًا فيسقط الدين، ولا يُقال: لو كان الدين هو الفعل لَمَا صحَّ قولنا: أوفى الدين، لأنَّ معناه حينئذٍ أوفى الإيفاء، لأنا نقول: المراد به أنه أتىٰ بِهذا الفعل وهو تمليك المال أو تسليمه، فإن قيل: المال يوصف بالوجوب أيضًا، يُقال علىٰ فلان ألف درهم ثمن بيع أو ضمان استهلاك، قلنا: يوصف به مجازًا باعتبار أنه محل الواجب كالموهوب يسمَّىٰ هبةً، فإن قيل: الدَّين يورثُ وينعقد نصابًا للزكاة ويجوز الشراء به وهبته ممَّن عليه، وهذه أحكام الأموال دون الأفعال، وكذا المسلم فيه دين في الذمة، والسلم يكون في الأموال دون الأفعال والدين المؤجل واجبٌ وكذا الدين على المقضى عليه بالإفلاس والعبد المحجور، وإن لم يجب الفعل فيكون الدَّين عبارةً عن المال المقدَّر في الذمة حكمًا فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقى الموضوع في البيت، قلنا: الدَّين عبارةٌ عن الفعل إلا أنَّ الشرع أجرىٰ عليه حكم الأموال من انعقاده نصابًا والإرث وجواز الشراء به لكونه وسيلةً إلى المال، وللشرع هذه الولاية، وكذا المسلم فيه فعلٌ له حكم الأموال وهذا يكفي لجواز السلم فيه، وأمَّا المقضى عليه بالإفلاس وأختاه قلنا الفعل واجبٌ علىٰ ما هو حقيقة الوجوب، لِمَا ذكرنا أنَّ الوجوبَ عبارةٌ عن كون الفعل بحالةٍ تقتضي تلك الحالة استحقاق العقاب علىٰ تركه والإخلال به، وإذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمَّة عذرٌ مانعٌ عن استحقاق العقاب على الترك والإخلال به ثَبَت أصل الوجوب وأثره وهو التكليف بالأداء لا محالةَ، وإن كان ثمَّة مانعٌ من استحقاق العقاب ثَبَت أصل الوجوب وتقاعد عنه أثره وهو التكليف بالأداء والأمر به.

قوله: وَالتَّبَرُّعُ لَا يَعْتَمِدُ قِيَامَ الدَّيْنِ، أي في حقِّ المكفول عنه، بل يعتمد قيامه في حقِّ

فَخَلَفَهُ أَوِ الإِفْضَاءُ إِلَى الأَدَاءِ بَاقٍ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَقَضَاهُ الأَلْفَ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ صَاحِبُ المَالِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ القَابِضِ عَلَى احْتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّيْنَ فَلَا يَجُوزُ المُطَالَبَةُ مَا بَقِيَ هٰذَا الِاحْتِمَالُ، كَمَنْ عَجَّلَ زَكَاتَهُ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ،

الكفيل، فلهذا لو أقرَّ رجلٌ أنَّ لفلانٍ علىٰ فلانٍ كذا وأنا كفيلٌ بذلك المال تصحُّ الكفالة وعليه أداء الدَّين.

قوله: فَخَلَفَهُ أَوِ الإِفْضَاءُ إِلَى الأَدَاءِ - أي إذا كان به كفيل فخلفه - بَاقٍ، وإذا كان له مالٌ فما يفضي إلى الأداء باقٍ، لأنه يستوفى من المال فيجعل باقيًا في حقِّ أحكام الدنيا، وإذا تبَرَّع به غيره صحَّ لأنَّ صحة تمليك المال لا تتعلق بوجود الدين علىٰ أنَّ صحة التبَرُّع بناءٌ علىٰ أنَّ الدين باقٍ في حقِّ صاحب الدين لأن سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدَّر بقدرها، فيظهر في حقِّ من عليه دون من له.

قوله: كَمَنْ عَجَّلَ زَكَاتَهُ وَدَفَعَهَا إِلَى السَّاعِي، وكمن اشترىٰ شيئًا بشرط الخيار ثمَّ نقد الثمن قبل مضي الخيار ثمَّ أراد أن يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك، لأنَّ الدفع كان لغرضٍ وهو أن يصير زكاةً وثمنًا عند مضي الحول وسقوط الخيار، فما بقي ذلك الاحتمال ليس له أن يستردَّه.

قوله: وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالْقَبْضِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ، وهو ما ذكر بعد هذا بخطَّين بقوله: أَمَّا إِذَا قَضَى الدَّيْنَ فَظَاهِرٌ، إلىٰ آخره، هذا إذا دفع المطلوبُ المالَ إلى الكفيل علىٰ وجه القضاء بأن قال له: إنِّي لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقَّه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤدِّيه، بخلاف ما إذا كان الدفع علىٰ وجه الرسالة بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المالَ وادفعه إلى

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّفْعُ عَلَىٰ وَجْهِ الرِّسَالَةِ لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ (وَإِنْ رَبِحَ الكَفِيلُ فِيهِ فَهُوَ لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ، أَمَّا إِذَا قَضَى الدَّيْنَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا قَضَى المَطْلُوبُ بِنَفْسِهِ وَثَبَتَ لَهُ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ مِثْلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ أُخِّرَتِ المُطَالَبَةُ إِلَىٰ وَقْتِ الأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، وَلِهٰذَا لَوْ أَبْرَأَ الكَفِيلُ المَطْلُوبَ قَبْلَ أَدَائِهِ يَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا قَبَضَهُ يَمْلِكُهُ إِلَّا أَنَّ فِيهِ نَوْعَ خُبْثٍ نُبَيِّنُهُ فَلَا يُعْمَلُ مَعَ المِلْكِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَلَوْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِكُرِّ حِنْطَةٍ فَقَبَضَهَا الكَفِيلُ فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا فَالرِّبْحُ لَهُ فِي الحُكْمِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ.

الطالب، حيث لا يصير المؤدَّى ملكًا للكفيل بل هو أمانةٌ في يده، لكن لا يكون للمطلوب أن يستَرده من الكفيل لأنه تعلَّق بالمؤدَّىٰ حق الطالب والمطلوبُ بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه، كذا في الكافي، لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكبرىٰ: قال الحسن بن زياد رحمه الله تعالىٰ: وقال أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا دفعه إلى الكفيل علىٰ وجه القضاء، أمَّا إذا دفعه علىٰ وجه الرسالة فله الاسترداد، وقال نجم الأئمة المكي رحمه الله تعالىٰ: وإليه وقعت الإشارة في باب الكفالة بالمال من الأصل فإنه مال الكفيل يكون أمينًا.

قوله: فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، ولهذا قلنا أنَّ للمكفول عنه إذا رَهَن عينًا عند الكفيل بذلك الدين يصحُّ ولا رهنَ إلا بالدين، ولو أبْرَأ الأصيلُ قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه له يصحُّ حتى لا يرجع على الأصيل بعد الأداء.

قوله: إِلَّا أَنَّ فِيهِ نَوْعَ خُبْثٍ - أي علىٰ قول أبيَ حنيفة رحمه الله تعالىٰ - نُبَيِّنُهُ، وهو

قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ الكُرَّ وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي الحُكْمِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ لَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْهُ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَبِحَ فِي مِلْكِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فَيُسَلَّمُ لَهُ. وَلَهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الخُبْثُ مَعَ المِلْكِ، إِمَّا لِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنَ الِاسْتِرْدَادِ بِأَنْ يَقْضِيَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ عَلَى اعْتِبَارِ قَضَاءِ الكَفِيلِ، فَإِذَا قَضَاهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ وَهٰذَا الخُبْثُ يُعْمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ فَيَكُونُ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ فِي رِوَايَةٍ، وَيَرُدُّهُ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ لِأَنَّ الخُبْثَ لِحَقِّهِ، وَهٰذَا أَصَحُّ لٰكِنَّهُ اسْتِحْبَابٌ لَا جَبْرٌ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِأَلْفٍ عَلَيْهِ بِأَمْرِهِ فَأَمَرَهُ الأَصِيلُ أَنْ يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ

قوله في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: وَلَهُ أَنَّهُ تَمَكَّنَ الخُبْثُ مَعَ المِلْكِ، إِمَّا لِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنَ الِاسْتِرْدَادِ، إلىٰ آخره.

قوله: لٰكِنَّهُ اسْتِحْبَابٌ، لأنه لو كان الملك صحيحًا من كل وجهٍ لا يُؤمر بالتصدُّقِ والردِّ لا إيجابًا ولا استحبابًا، ولو انعدم الملك أصلًا كان الربح خبيثًا، فإن كان صحيحًا من وجهٍ فاسدًا من وجهٍ أمَرْناه بالتصدق أو بالردِّ على المالك استحبابًا لا إيجابًا توفيرًا على الشبهين حظَّهما، فإذا ردَّه إلى المالك إن كان فقيرًا طابَ، وإن كان غنيًّا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له لأنه إنَّما ردَّه عليه باعتبار أنه حقُّه، وأمَّا إذا أعْطَاه علىٰ وجه الرسالة فتصرَّف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وطاب له عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لِمَا عُرِف.

حَرِيرًا فَفَعَلَ فَالشِّرَاءُ لِلْكَفِيلِ وَالرِّبْحُ الَّذِي رَبِحَهُ البَائِعُ فَهُوَ عَلَيْهِ) وَمَعْنَاهُ الأَمْرُ بِبَيْعِ العِينَةِ مِثْلُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مِنْ تَاجِرٍ عَشَرَةً فَيَتَأَبَّىٰ عَلَيْهِ وَيَبِيعَ مِنْهُ ثَوْبًا يُسَاوِي عَشَرَةً بِخَمْسَةَ عَشَرَ مَثَلًا رَغْبَةً فِي نَيْلِ الزِّيَادَةِ لِيَبِيعَهُ المُسْتَقْرِضُ بِعَشَرَةٍ وَيَتَحَمَّلَ عَلَيْهِ خَمْسَةً؛ سُمِّيَ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِعْرَاضِ عَنِ الدَّيْنِ إِلَى العَيْنِ، وَهُوَ مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِعْرَاضِ عَنْ

قوله: وَمَعْنَاهُ الأَمْرُ بِبَيْعِ العِينَةِ، أي النسيئة، والعينة السلف، ويقال: باعه بعينة أي نسيئة، كذا في المغرب، أي معنى قوله: يتعيَّن عليه حريرًا، اشتر لي حريرًا بعينةٍ ثمَّ بعه بالنقد بأقلَّ منه واقض ديني.

قوله: مِثْلُ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مِنْ تَاجِرٍ عَشَرَةً، هذه صورة بيع العينة فيقول له: أبيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصلُ لي ربح درهمين، وفيه صورةٌ أخرىٰ وهو أن يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثًا في هذه الصورة، فيبيع صاحبُ الثوب الثوبَ باثني عشر من المستقرض، ثمَّ المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه، ثم يبيعُ الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته، وإنَّما خللا بينهما ثالثًا تحرُّزًا عن شراء ما باع بأقلَّ ممَّا باع قبل نقد الثمن، وبيع العينة مكروهٌ ذميمٌ، اخترعه آكلة الربا، وقد ذمَّهم رسول الله عليه الصلاة والسلام بذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتَّبعتم أذْنَاب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم» وقيل: إيَّاك والعينة فإنَّها لعينة، ثم قيل: هو ضمانٌ لما يخسر المشتري نظرًا إلىٰ قوله عليَّ، ومعنى الضمان هنا أن يقول المديون للضامن: اشتَرِ لي ثوبًا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين، فإن أمكنكَ أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت، وإن لم يمكن لك إلا بالخسران فذلك عليَّ، غير أنَّ هذا الضمان باطلٌ، لأنَّ الضمان إنَّما يصحُّ بما هو مضمونٌ على غيره، وخسران درهمين غير مضمون علىٰ أحدٍ فيبطل ضمانه كمن يقول لآخرٍ: بايع في هذا

مَبَرَّةِ الإِقْرَاضِ مُطَاوَعَةً لِمَذْمُومِ البُخْلِ. ثُمَّ قِيلَ: هٰذَا ضَمَانٌ لِمَا يَخْسَرُ المُشْتَرِي نَظَرًا إِلَىٰ قَوْلِهِ عَلَيَّ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَيْسَ بِتَوْكِيلٍ، وَقِيلَ هُوَ تَوْكِيلٌ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الحَرِيرَ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، وَكَذَا الثَّمَنُ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّيْنِ، وَكَيْفَمَا كَانَ فَالشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي وَهُوَ الكَفِيلُ وَالرِّبْحُ: أَيِ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ العَاقِدُ.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا قَضَىٰ لَهُ عَلَيْهِ فَغَابَ المَكْفُولُ عَنْهُ فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى الكَفِيلِ بِأَنَّ لَهُ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّ المَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مَقْضِيٌّ بِهِ وَهٰذَا فِي لَفْظَةِ القَضَاءِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي الأُخْرَىٰ لِأَنَّ مَعْنَىٰ ذَابَ تَقَرَّرَ وَهُوَ بِالْقَضَاءِ أَوْ مَالٌ يُقْضَىٰ بِهِ وَهٰذَا مَاضٍ أُرِيدَ بِهِ المُسْتَأْنَفُ كَقَوْلِهِ: أَطَالَ

السوق علىٰ أنَّ كل وضيعةٍ وخسرانٍ يصيبك فأنا له ضامنٌ، وقيل: هو توكيلٌ لأنه أخرج الكلام مخرج الوكالة، ولهذا ذكر في بعض النسخ: تعيَّن لي حريرًا، مكان: عليَّ، لكن التوكيل لا يصحُّ للجهالة إذا لم يبيِّن نوع الحرير ولا مقدار الثمن، لأنَّ بيع العينة لا يتحقَّق إلَّا بأزيَد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولةٌ، وإن كان الدين معلومًا وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولًا.

قوله: أَوْ مَالٌ يُقْضَىٰ بِهِ، معطوفٌ علىٰ قوله: مَالٌ مَقْضِيٌّ بِهِ.

قوله: وَهٰذَا مَاضٍ، أي قوله: بما ذابَ له أو قضىٰ له ماضٍ أريد به المستقبل كقوله: أطالَ الله بقاءكَ، أي المكفول به مالٌ يقضىٰ به له على الأصيل بعد الكفالة والمدَّعي في دعواه أنَّ له على المكفول عنه ألف درهم لم يتعرَّض أنَّ القاضي قضىٰ به بعد الكفالة،

اللهُ بَقَاءَكَ فَالدَّعْوَىٰ مُطْلَقٌ عَنْ ذٰلِكَ فَلَا تَصِحُّ. (وَمَنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَىٰ فُلَانٍ كَذَا وَأَنَّ هٰذَا كَفِيلٌ عَنْهُ بِأَمْرِهِ فَإِنَّهُ يُقْضَىٰ بِهِ عَلَى الكَفِيلِ وَعَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَتِ الكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ يُقْضَىٰ عَلَى الكَفِيلِ خَاصَّةً) وَإِنَّمَا تُقْبَلُ لِأَنَّ المَكْفُولَ بِهِ مَالٌ مُطْلَقٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ بِالْأَمْرِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ، لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِأَمْرٍ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً

وليس من ضرورة كون الألف على الأصيل أن يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة، ولهذا لو أقرَّ الكفيلُ على الأصيل بمال الطالب لا يلزمه إلا إذا حضر الأصيل وقضىٰ عليه فحينئذٍ يلزم الكفيل، وقبل ذلك كانت على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل، حتّىٰ لو قال الطالب: إنِّي قدمت المطلوبَ بعد الكفالة إلىٰ فلان القاضي وأقمت البينة عليه بألفٍ وقضىٰ لي بذلك عليه فصرتُ كفيلًا بذلك، صحَّت الدعوى، حتى لو أنكر الكفيل فأقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالألف، لأنه ثبت الوصف حتى لو أقرَّ لزم.

قوله: وَإِنَّمَا تُقْبَلُ، أي البينةُ من المدَّعي في هذه المسئلة وهيَ ما إذا أقام البينة أنَّ له علىٰ فلانٍ كذا وأنَّ هذا كفيلٌ عنه بأمره لأنَّ المكفول به مال مطلقٌ، بخلاف ما تقدَّم، وهو ما إذا كفل عن رجلٍ بما ذابَ له أو بما قضى له فكان المكفول به مالًا موصوفًا بكونه مقضيًا به على المكفول عنه بعد الكفالة، فما لم يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل، فكان دعوى المدَّعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه، فلذلك لم تقبل، وأمَّا ههنا ادَّعى المدعي على الكفيل الكفالةَ بمالٍ مطلقٍ، أي غير موصوفٍ بأنه قضى به على المكفول عنه وأقامَ البينة علىٰ وفق دعواه فلذلك يقضىٰ به على الكفيل.

قوله: وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُ بِالْأَمْرِ وَعَدَمِهِ، أي فيما إذا كان بالأمر يقضىٰ به على الأصيل

وَمُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً، وَبِغَيْرِ أَمْرٍ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً، فَبِدَعْوَاهُ أَحَدَهُمَا لَا يُقْضَىٰ لَهُ بِالْآخَرِ، وَإِذَا قُضِيَ بِهَا بِالْأَمْرِ ثَبَتَ أَمْرُهُ، وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ

أيضًا، وفيما إذا كان بغير أمره يقضىٰ به على الكفيل خاصةً، لأنَّ الكفالة بأمره تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمره تبرعٌ محضٌ إذ لا رجوعَ فيه، فإذا ادَّعىٰ بأمره لم يصح القضاء بغير أمرِهِ، وذلك غير مشهودٍ به، ومن ضرورة القضاء بالأمر التعدِّي إلى الغائب، وإلا لا يكون معاوضةً، ولأنَّ أمر الأصيل الكفيل بالكفالة إقرار منه بالمال فيصير مقضيًّا عليه ضرورةً، وإذا كانت الكفالة بغير أمره فليس من ضرورة صحَّتها التعدي إلى الغائب لأنَّها لا تمسُّ جانب المكفول عنه لأنَّ صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل، ولو قال تكفلت لي عن فلانٍ بكل مالي عليه، وإنه كان لي عليه ألف درهم، وبرهن على المال والكفالة قضى عليه وعلى الغائب، ادَّعى الأمر أو لا، إلَّا إذا كان بأمرٍ يرجع وإلا لا، والفرقُ بين هذا وبين ما إذا قال: إنَّ لي علىٰ فلانٍ كذا وهذا كفيلٌ عنه، وأقام البينة قضي على الكفيل خاصَّةً، إنَّ قوله: كفلت عن فلان بألف درهم لكَ عليه، إقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل وذا كافٍ لصحته فلا يحتاج إلى القضاء على الأصيل، وأمَّا قوله: كفلتُ لك بكل مال لكَ عليه، فليس بإقرارٍ منه لوجوب شيءٍ عليه لأنه لم يقدره، ألا ترىٰ أنه لو كفل هكذا ثمَّ أنكر المال على الأصيل كان القول له، فصار تقديره: بكل مال لك عليه إن كان لك عليه شيءٌ، وإذا صار معلقًا صار القضاء بالمال على الأصيل شرطًا لوجوب المال على الكفيل، فصار القضاء على الكفيل مقتضيًا لشرطه، ولأنَّ في الكفالة المبهمة لمَّا لم يمكن إثبات شيءٍ على الكفيل إلا بإثباته على الأصيل انتصب الحاضر خصمًا عنه وأمْكَن إثبات المال على الكفيل فيما إذا كانت الكفالة بمالٍ مقدَّرٍ فاقتصر على الكفيل، قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: وهذا طريقٌ من أراد إثبات الدَّين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال، وكذا كل من ادَّعىٰ علىٰ آخرٍ حقًّا لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصمًا عن الغائب، ألا ترىٰ أنَّ من قذف رجلًا وادَّعى المقذوفُ الحدَّ فقال

بِالْمَالِ فَيَصِيرُ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ، وَالْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَا تَمَسُّ جَانِبَهُ لِأَنَّهُ تَعْتَمِدُ صِحَّتُهَا قِيَامَ الدَّيْنِ فِي زَعْمِ الكَفِيلِ فَلَا يَتَعَدَّىٰ إِلَيْهِ، وَفِي الكَفَالَةِ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ الكَفِيلُ بِمَا أَدَّىٰ عَلَى الآمِرِ. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ فَقَدْ ظَلَمَ فِي زَعْمِهِ فَلَا يَظْلِمُ غَيْرَهُ وَنَحْنُ نَقُولُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا فَبَطَلَ مَا زَعَمَهُ. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ رَجُلٌ عَنْهُ بِالدَّرَكِ فَهُوَ تَسْلِيمٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَوْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِي البَيْعِ فَتَمَامُهُ

القاذف: قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه البينة أنه كان عبدًا لفلانٍ وقد أعتقه قضىٰ بعتقه لأنه ادَّعىٰ لنفسه حقًّا لا يتوصَّل إلىٰ إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصمًا عن الغائب فصار القضاء عليه قضاءً على الغائب.

قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا، هذا كمن اشترىٰ شيئًا وأقرَّ أنَّ البائع باعَ ملك نفسه ثمَّ جاء إنسانٌ واستحقه بالبينة لا يبطلُ حقُّه في الرجوع على البائع بالثمن لأنه صار مكذبًا شرعًا، والفرق لمحمدٍ رحمه الله تعالىٰ بين هذا وبين ما إذا اشترىٰ عبدًا ثمَّ باعه وردَّ عليه بعيبٍ بالبينة بعد ما أنكر العيب وأرادَ أن يردَّه علىٰ بائعه لم يكن له ذلك مع أنَّ القاضي لمَّا قضىٰ عليه بالردِّ بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو أنَّ قوله: لا عيبَ فيه، نفي العيب في الحال والماضي، والقاضي إنَّما كذبه في قيام العيب عند البيع الثانِي دون الأول لأنَّ قيام العيب عند البيع الأوَّل ليس للردِّ على الثانِي.

قوله: وَكَفَلَ رَجُلٌ عَنْهُ بِالدَّرَكِ فَهُوَ تَسْلِيمٌ، ضمان الدَّرَك عبارة عن قبول ردِّ الثمن عند استحقاق المبيع، ومعنىٰ قوله: فَهُوَ تَسْلِيمٌ، تصديقٌ من الكفيل بأنَّ الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لأنَّ الكفالة إذا شرطت في البيع يتوقَّف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس، فإذا قبل في المجلس حتى انبَرم البيع كان الكفيل

بِقَبُولِهِ، ثُمَّ بِالدَّعْوَىٰ يَسْعَىٰ فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فِيهِ فَالْمُرَادُ بِهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ وَتَرْغِيبُ الْمُشْتَرِي فِيهِ إِذْ لَا يَرْغَبُ فِيهِ دُونَ الْكَفَالَةِ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الإِقْرَارِ بِمِلْكِ الْبَائِعِ.

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَ وَخَتَمَ وَلَمْ يَكْفُلْ لَمْ يَكُنْ تَسْلِيمًا وَهُوَ عَلَىٰ دَعْوَاهُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَكُونُ مَشْرُوطَةً فِي الْبَيْعِ وَلَا هِيَ بِإِقْرَارٍ بِالْمِلْكِ لِأَنَّ الْبَيْعَ

بِهذه الدَّعوىٰ ساعيًا في نقض ما أَوْجَبه، ومن سعىٰ في نقض ما أَوْجَبه من جهته ضلَّ سعيُه في الحياة الدنيا.

قوله: وَلَوْ شَهِدَ وَخَتَمَ، أي كتب شهادته في صكِّ الشراء وختم علىٰ ذلك الصكِّ ثمَّ ادَّعى الشاهد بعد ذلك أنَّ الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصكِّ وختمه تسليمًا وإقرارًا بأنَّ المبيع ملك البائع لأنَّ البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره، وله أن يقول: إنَّما كتبت شهادتِي لأحفظ الحادثة أو لأتأمَّل أنَّ في هذا العقد ضررًا فأردَّه أو نفعًا فأجيزه والشهادة لا تكون مشروطةً في البيع أيضًا، بخلاف الكفالة، حتَّىٰ لو شهد بالبيع عند القاضي وقضىٰ بشهادته أو لم يقض حتى ادَّعى بعده لا يسمع دعواه، لأنَّ الشهادة بالبيع علىٰ إنسانٍ إقرارٌ بصحَّة البيع باتفاق الروايات، لأنَّ العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضًا والتناقض يمنع صحة الدَّعوىٰ، وأمَّا كتابة الشهادة في الصكِّ لا يتعلق بِها حكمٌ من الأحكام بل هيَ مجرَّد إخبارٌ بالبيع، ولو أخبر أنَّ فلانًا باع هذا العبد ثمَّ ادعاه بعده لنفسه تصحُّ دعواه، قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمولٌ علىٰ ما إذا كتب: شهد فلان البيع والشراء، أو كتب: جرى البيع بمشهدي، أو كتب: أقرَّا بالبيع والشراء عندي، أمَّا إذا كتبَ في الشهادة ما يوجبُ صحة البيع ونفاذه بأن كان

مَرَّةً يُوجَدُ مِنَ المَالِكِ وَتَارَةً مِنْ غَيْرِهِ، وَلَعَلَّهُ كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحْفَظَ الحَادِثَةَ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، قَالُوا: إِذَا كَتَبَ فِي الصَّكِّ بَاعَ وَهُوَ يَمْلِكُهُ أَوْ بَيْعًا بَاتًّا نَافِذًا وَهُوَ كَتَبَ شَهِدَ بِذٰلِكَ فَهُوَ تَسْلِيمٌ، إِلَّا إِذَا كَتَبَ الشَّهَادَةَ عَلَىٰ إِقْرَارِ المُتَعَاقِدَيْنِ.

في صكِّ البيع باع فلانٌ كذا وهو يملكه، أو باع بيعًا باتًّا نافذًا وهو كتب شهد بذلك فلا تصحُّ دعواه بعد ذلك، ومتىٰ كان في الصكِّ باع فلان كذا أو أقرَّ أنه باع ملكه والشاهد كتبَ شهد بذلك تصحُّ دعواه، وقوله: وَخَتَمَ، إشارةٌ إلىٰ عُرف زمانِهم فإنَّ الرجل إذا كتبَ شهادته في صكِّ الشراء يختمُ في آخره حتَّىٰ يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغيير والتبديل، ولم يبق ذلك العرف في زماننا، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختمٌ أم لا، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

## فَصْلٌ فِي الضَّمَانِ

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا وَضَمِنَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ مُضَارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتَاعِ رَبِّ المَالِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهِيَ إِلَيْهِمَا فَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي أَيْدِيهِمَا وَالضَّمَانُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى المُودَعِ وَالْمُسْتَعِيرِ (وَكَذَا رَجُلَانِ بَاعَا عَبْدًا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ الضَّمَانُ مَعَ الشَّرِكَةِ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلَوْ صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ خَاصَّةً يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَلَا يَجُوزُ

## فصل في الضمان

قوله: وَمَنْ بَاعَ لِرَجُلٍ ثَوْبًا وَضَمِنَ لَهُ الثَّمَنَ، يعني الوكيل باع ثوبًا وضمن الثمن للموكل عن المشتري.

قوله: لَوْ صَحَّ الضَّمَانُ مَعَ الشَّرِكَةِ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ، وَلَوْ صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ خَاصَّةً يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وفي الفوائد الظهيرية: لا معنىٰ لهذا الترديد لأنَّ الضمان مضافٌ إلىٰ نصيب شريكه فكيف يصحُّ شائعًا، ولا معنى للقول بأنَّ فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الإجماع علىٰ أنَّ أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه، ولكن التعويل علىٰ ما قيل أنه لو صحَّ الضمان فما يؤديه الضامن يكون مشتركًا بينه وبين المضمون له فكان له

ذٰلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفْقَتَيْنِ لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا وَيَقْبِضَ إِذَا نَقَدَ ثَمَنَ حِصَّتِهِ وَإِنْ قَبِلَ الكُلَّ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ آخَرَ خَرَاجَهُ وَنَوَائِبَهُ وَقِسْمَتَهُ فَهُوَ جَائِزٌ). أَمَّا الخَرَاجُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ......................................

أن يرجع بنصفه على الشريك، لأنَّ ما يستحق بنصيب أحدهما للآخر أن يشاركه فيه، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه، ويصير كأنه ما أدّىٰ إلا الباقي، ثمَّ وثمَّ إلىٰ أن لا يبقىٰ شيءٌ، وهذا معنى قول مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ أنَّ في تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاءً.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفْقَتَيْنِ، بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقدٍ علىٰ حدة ثمَّ ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صحَّ الضمان، لأنَّ الصفقة إذا تعدَّدت فما وَجَبَ لكلِّ واحد منهما بعقده يكون له خاصَّةً بلا شركةٍ، ألا ترىٰ أنَّ للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما.

قوله: وَإِنْ قَبِلَ الكُلَّ، أي للمشتري أن يقبض نصيب أحدهما إذا نَقَد حصته من الثمن وإن قبل الكل، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله تعالىٰ: وإن كان البيع صفقتين بأن سمَّيا لكلِّ نصيب ثمنًا صحَّ ضمانه لأنه لا شركةَ بينهما، ألا ترىٰ أنَّ المشتري لو قبل نصيب أحدهما وردَّ الآخر يصحُّ، ولو قبل الكل ثمَّ نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه، بخلاف الأول.

قوله: أَمَّا الخَرَاجُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله: والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه دينٌ مُطالب به ممكن الاستيفاء، ثمَّ قيل: المراد من الخراج الذي تصحُّ الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة، بأن يوظف الإمام كلَّ سنة علىٰ مالٍ علىٰ ما يراه الإمام

وَهُوَ يُخَالِفُ الزَّكَاةَ، لِأَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعْلٍ وَلِهٰذَا لَا تُؤَدَّىٰ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ تَرِكَتِهِ إِلَّا بِوَصِيَّةٍ. وَأَمَّا النَّوَائِبُ، فَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقٍّ كَكَرْيِ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ وَأَجْرِ الحَارِسِ وَالْمُوَظَّفِ لِتَجْهِيزِ الجَيْشِ وَفِدَاءِ الأَسَارَىٰ

لا المقاسمة، وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض فإنَّها غير واجبةٌ في الذمَّة فلم يكن في معنى الدين، وفي الفوائد الظهيرية: أمَّا الخراج فلأنه دينٌ كسائر الديون من حيث إنه يطالب به من عليه ويحبس فيه، ثمَّ قال: كأنه أراد به الخراج الموظف.

قوله: وَهُوَ يُخَالِفُ الزَّكَاةَ، أي الخراج يخالف الزكاة لأنَّها مجرَّد فعلٍ، ولهذا لا تؤدَّىٰ بعد موته من تركته إلا بوصية، وهذا لأنَّ واجب الزكاة فعلٌ هو عبادة والمال محل لإقامة ذلك الواجب ثمَّ المال غير مضمونٌ عليه، حتَّىٰ لو هلكَ لا يضمن شيئًا والكفالة لا تصحُّ بالعبادة ولا بأعيانٍ غير مضمونةٍ، بخلاف الخراج لأنه يجب حقًا للمقاتلة بدلًا عن الذات عن حريم الدين والمحاماة عن بيضة الإسلام فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحةٌ فكذلك بالخراج، وَأَمَّا النَّوَائِبُ، فَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقٍّ كَكَرْيِ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ، نحو أن يقضي القاضي بكري نَهر مشترك بينه وبين غيره شركةً خاصةً فأبىٰ واحد منهم من الكري وأنْفَق شريكه بأمر القاضي يصير حصة الآبي دينًا في ذمته فتصحُّ الكفالة بِها، لأنه كفل بما هو مضمونٌ على الأصيل، وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونةٍ يصحُّ الضمان بِها، وكذا ما وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلىٰ تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال، أو يحتاج إلىٰ فداء أسارى المسلمين فوظف على الناس مالًا لأجل ذلك فهو واجبٌ مضمونٌ تصحُّ الكفالة به، وإن أريد بِها ما ليس بحقٍّ كالجبايات في زماننا اختلف المشايخ، قال بعضهم: لا تصحُّ الكفالة بِها لأنَّ الكفالة لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعًا ولا شيءَ هنا على الأصيل شرعًا فلا تصحُّ الكفالة، وقال بعضهم، منهم فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله تعالىٰ: تصحُّ الكفالة بِها لأنَّها

وَغَيْرِهَا جَازَتِ الكَفَالَةُ بِهَا عَلَى الِاتِّفَاقِ، وَإِنْ أُرِيدَ بِهَا مَا لَيْسَ بِحَقٍّ كَالْجِبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا فَفِيهِ اخْتِلَافُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَمِمَّنْ يَمِيلُ إِلَى الصِّحَّةِ الإِمَامُ عَلِيُّ البَزْدَوِيُّ، وَأَمَّا القِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا أَوْ حِصَّةٌ مِنْهَا وَالرِّوَايَةُ بِأَوْ، وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ المُوَظَّفَةُ الرَّاتِبَةُ، وَالْمُرَادُ بِالنَّوَائِبِ مَا يَنُوبُهُ غَيْرُ رَاتِبٍ وَالْحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ. (وَمَنْ

في حقٍّ توجه المطالبة فوقَ سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بِها لأنَّها شُرِعت لالتزامها، ولهذا قلنا أنَّ من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وإن كان الآخذ في الأخذ ظالمًا، ولهذا قلنا أنَّ من قضىٰ نائبة غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع، كما لو قضىٰ دين غيره بأمره.

قوله: وَأَمَّا القِسْمَةُ فَقَدْ قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا، فحينئذٍ تكون الرواية بالواو، أَوْ حِصَّةٌ مِنْهَا، فيكون حينئذٍ بين القسمة والنوائب مغايرةً، وَالرِّوَايَةُ بِأَوْ، وَقِيلَ هِيَ النَّائِبَةُ المُوَظَّفَةُ الرَّاتِبَةُ، وهي المقاطعات الديوانية في كل شهرٍ أو ثلاثة أشهرٍ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتبٍ بل يلحقه أحيانًا، ويحتمل أن يقع، ويحتمل أن لا يقع، وقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله تعالىٰ أنه قال: وقع هذا الحرف غلطًا لأنَّ القسمة مصدرٌ، والمصدر فعلٌ وهذا الفعل غير مضمونٌ، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ يقول: معناها إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن إنسانٌ بِها لأنَّ القسمة واجبةٌ عليه، وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما ثمَّ منع أحد الشريكين قسمةَ صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة بسكون السين وحذف التاء، كذا في الفوائد الظهيرية، وقيل: أرادَ بالقسمة أجرة الكيال الذي يقسم الغلَّة إذا كان الخراج مقاسمةً.

قوله: وَالْحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحقٍّ بالاتفاق، ولو كانت

قَالَ لِآخَرَ لَك عَلَيَّ مِائَةٌ إِلَىٰ شَهْرٍ وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ هِيَ حَالَّةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُدَّعِي، وَمَنْ قَالَ ضَمِنْتُ لَكَ عَنْ فُلَانٍ مِائَةً إِلَىٰ شَهْرٍ وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ هِيَ حَالَّةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ). وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ ثُمَّ ادَّعَىٰ حَقًّا لِنَفْسِهِ وَهُوَ تَأْخِيرُ المُطَالَبَةِ إِلَىٰ أَجَلٍ وَفِي الكَفَالَةِ مَا أَقَرَّ بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ المُطَالَبَةِ بَعْدَ الشَّهْرِ، وَلِأَنَّ الأَجَلَ فِي الدُّيُونِ عَارِضٌ حَتَّىٰ لَا يَثْبُتَ إِلَّا بِشَرْطٍ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ أَنْكَرَ الشَّرْطَ كَمَا فِي الخِيَارِ، أَمَّا الأَجَلُ فِي الكَفَالَةِ فَنَوْعٌ مِنْهَا حَتَّىٰ

بغير حقٍّ ففي صحة الكفالة بِها اختلاف المشايخ.

قوله: لِأَنَّهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فِي الصَّحِيحِ، احتِرازٌ عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دينٌ أيضًا.

قوله: فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ أَنْكَرَ الشَّرْطَ، أي مع اليمين.

قوله: أَمَّا الأَجَلُ فِي الكَفَالَةِ فَنَوْعٌ، يعني لمَّا كان نوعًا وجب أن يقبل قوله في بيانه لأنه لا يدَّعي العارض، بخلاف الأجل في الدين لأنه عارض، ولهذا لا يثبت من غير شرطٍ فالقول لمنكر الشرط، والشافعيُّ رحمه الله تعالىٰ أَلْحَق الثانِي بالأوَّل، وأبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ فيما يُروىٰ عنه أَلْحَق الأوَّل بالثانِي، هكذا وقع في عامة النسخ، وهذا ليسَ بصحيحٍ، بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال: والشافعي أَلْحَق الأوَّل بالثانِي وأبو يوسف فيما يُروىٰ عنه أَلْحَق الثانِي بالأوَّل، وذلك لأنَّ عند الشافعي رحمه الله تعالىٰ القول قولُ المقرِّ في الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدَّين وهو المذكور أوَّلًا في الرواية ملحقًا بالثانِي وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنَّما يُستفاد فيما قلنا، ومذهبُ أبي يوسف فيما يروىٰ عنه علىٰ عكسه، وحجَّة الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ الدين نوعان: حالٌّ ومؤجَّل، فإذا أقرَّ

يَثْبُتَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ بِأَنْ كَانَ مُؤَجَّلًا عَلَى الأَصِيلِ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَلْحَقَ الثَّانِيَ بِالْأَوَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا يُرْوَىٰ عَنْهُ أَلْحَقَ الأَوَّلَ بِالثَّانِي وَالْفَرْقُ قَدْ أَوْضَحْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالدَّرَكِ فَاسْتَحَقَّتْ لَمْ يَأْخُذِ الكَفِيلَ حَتَّىٰ يُقْضَىٰ لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ لَا يَنْتَقِضُ البَيْعُ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا لَمْ يُقْضَ لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ فَلَمْ يَجِبْ لَهُ عَلَى الأَصِيلِ رَدُّ الثَّمَنِ فَلَا يَجِبُ عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ القَضَاءِ

بالمؤجل فقد أقرَّ بأحد نوعي الدين فالقول قوله، وحجة أبي يوسف رحمه الله تعالى أنَّهما تصادقا علىٰ وجوب المال ثمَّ ادعىٰ أحدهما الأجل علىٰ صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجةٍ، ألا ترىٰ أنه لو أقرَّ بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة ودعواه الخيار، لِمَا قلنا، فكذا دعوى الأجل.

قوله: وَالْفَرْقُ قَدْ أَوْضَحْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ، إلىٰ آخره.

قوله: لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ لَا يَنْتَقِضُ البَيْعُ، ولهذا لو أجاز المستحقُّ البيع بعد قضاء القاضي له صحَّ البيع، ولو كان الثمن عبدًا فأعتقه بائع الجارية نَفَذ حكم القاضي للمستحقِّ بعد إعتاقه، وإنَّما يصير كفيلًا إذا قضىٰ بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالةَ فلا يكون للمشتري أن يأخذ الثمن من الكفيل، هذا جوابُ ظاهر الرواية وهو الصحيح، لأنَّ الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع فأوْلىٰ أن لا ينفي البقاء، بخلاف القضاء بالحرية لأنَّ البيع يبطل بِها لعدم المحلية، وجه الورود أنَّ بمجرَّد القضاء يثبت للمشتري حقُّ الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق.

بِالْحُرِّيَّةِ لِأَنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ بِهَا لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ فَيَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ وَالْكَفِيلِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَبْطُلُ البَيْعُ بِالِاسْتِحْقَاقِ، فَعَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِهِ يَرْجِعُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِحْقَاقِ وَمَوْضِعُهُ أَوَائِلُ الزِّيَادَاتُ فِي تَرْتِيبِ الأَصْلِ.

(وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَضَمِنَ لَهُ رَجُلٌ بِالْعُهْدَةِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ اللَّفْظَةَ مُشْتَبِهَةٌ قَدْ تَقَعُ عَلَى الصَّكِّ القَدِيمِ وَهُوَ مِلْكُ البَائِعِ

قوله: وَمَوْضِعُهُ أَوَائِلُ الزِّيَادَاتُ فِي تَرْتِيبِ الأَصْلِ، وهو ترتيبُ محمدٍ رحمه الله تعالىٰ حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب المأذون، ثمَّ رتَّبها الزعفرانِيُّ على الترتيب الذي هو الآن عليه، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليلُ النقض فينتقض به البيع، كما ينتقض بصريح النقض، حتى لا تعمل إجازة المستحق بعد ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنَّ أخذ العين بحكم الحاكم دليل الفسخ فينفسخ به البيع، وعنه أنَّ العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق، فعلىٰ هذه الرواية للمشتري أن يأخذ الكفيل إذا قضي عليه بالاستحقاق.

قوله: فَضَمِنَ لَهُ رَجُلٌ بِالْعُهْدَةِ، إعلم أنَّ هٰهنا ثلاث مسائل: ضمان العهدة، وضمان الدَّرك، وضمان الخلاص، فضمان العهدة باطلٌ بالاتفاق لِمَا ذكر في الكتاب، وضمان الدرك جائز بالاتفاق، واختلفوا في ضمان الخلاص، فعندهما جائزٌ لأنَّ تفسيره ضمان تسليم المبيع إن قَدَر عليه، وتسليم الثمن إن عَجَز عنه، وهذا هو ضمان الدَّرك، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: تفسير ضمان الخلاص تخليص المبيع وتسليمه إلى المشتري على كلِّ حالٍ، وذلك باطلٌ لأنه التزم شيئًا لا يقدر عليه.

قوله: لِأَنَّ هٰذِهِ اللَّفْظَةَ مُشْتَبِهَةٌ، أي لفظة العهدة قد تقع على الصكِّ القديم لأنه وثيقةٌ بمنزلة كتاب العهدة، وقد تقع على العقد لأنَّ العهدة من العهد كالعقدة من العقد،

فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَقَدْ تَقَعُ عَلَى العَقْدِ وَعَلَىٰ حُقُوقِهِ وَعَلَى الدَّرَكِ وَعَلَى الخِيَارِ، وَلِكُلٍّ ذٰلِكَ وَجْهٌ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهَا، بِخِلَافِ الدَّرَكِ لِأَنَّهُ اُسْتُعْمِلَ فِي ضَمَانِ الِاسْتِحْقَاقِ عُرْفًا، وَلَوْ ضَمِنَ الخَلَاصَ لَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ تَخْلِيصِ المَبِيعِ وَتَسْلِيمِهِ لَا مَحَالَةَ وَهُوَ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَيْهِ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَكِ وَهُوَ تَسْلِيمُ المَبِيْعِ أَوْ قِيمَتِهِ فَصَحَّ.

والعقدُ والعهدُ واحدٌ، وَعَلَىٰ حُقُوقِهِ، لأنَّها من ثمرات العقد، وقد تطلق علىٰ خيار الشرط، كما جاء في الحديث «عهدة الرفيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ أنَّ ضمان العهدة يصحُّ ويكون عبارةً عن ضمان الدرك تصحيحًا للعقد، وهو تسليم المبيع إن قَدَرَ عليه وتسليم الثمن إن عَجَزَ عنه، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشكِّ والاحتمال.

قوله: وَهُوَ تَسْلِيمُ المَبِيْعِ أَوْ قِيمَتِهِ، أراد به الثمن، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

## بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ

(وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ عَلَى اثْنَيْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَيَا عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ فَمَا أَدَّىٰ أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَىٰ شَرِيكِهِ حَتَّىٰ يَزِيدَ مَا يُؤَدِّيهِ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعَ بِالزِّيَادَةِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ الآخَرِ كَفِيلٌ، وَلَا مُعَارَضَةَ بَيْنَ مَا عَلَيْهِ بِحَقِّ الأَصَالَةِ وَبِحَقِّ الكَفَالَةِ، لِأَنَّ الأَوَّلَ دَيْنٌ وَالثَّانِيَ مُطَالَبَةٌ، ثُمَّ هُوَ تَابِعٌ لِلْأَوَّلِ فَيَقَعُ عَنِ الأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ لَا مُعَارَضَةَ فَيَقَعُ عَنِ الكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي النِّصْفِ عَنْ صَاحِبِهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ أَدَاءَ نَائِبِهِ كَأَدَائِهِ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ

## باب كفالة الرجلين

قوله: ثُمَّ هُوَ تَابِعٌ لِلْأَوَّلِ، أي الثانِي، وهو المطالبة تابع للدين، لأنَّ المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين لأنَّ المطالبة بالدين ولا دين محالٌ.

قوله: وَفِي الزِّيَادَةِ لَا مُعَارَضَةَ، أي من كلِّ وجهٍ، وفي النصف أيضًا لم تكن معارضةً حقيقةً ولكنها كانت معارضةً صورةً، ولا دورَ أيضًا لأنَّ المؤدي لمَّا نوىٰ عمَّا كان عليه بطريق الإصالة برئ صاحبه عن الكفالة، فإذا جعل المؤدي الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدي.

قوله: فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ، لأنه لو جعل شيء من المؤدَّىٰ من صاحبه فلصاحبه أن

(وَإِذَا كَفَلَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَىٰ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ فِيْ الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالْكُلِّ عَنِ الأَصِيلِ وَبِالْكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ وَالْمُطَالَبَةُ مُتَعَدِّدَةٌ فَتَجْتَمِعُ الكَفَالَتَانِ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَمُوجِبُهَا التِزَامُ المُطَالَبَةِ فَتَصِحُّ الكَفَالَةُ عَنِ الكَفِيلِ كَمَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ

يقول: أداؤك كأدائي فإن جعلتَ شيئًا من المؤدَّىٰ عني ورجعتَ عليَّ بذلك فلي أن أجعل المؤدَّىٰ عنك كما لو أديتُ بنفسي، فيفضي إلى الدور.

قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالْكُلِّ عَنِ الأَصِيلِ وَبِالْكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ، يريدُ به أنَّ معنى ما قال في الكتاب: وإذا كفل رجلان عن رجلٍ بمال كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالكلِّ وكفل كلُّ واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضًا، وإنَّما قال: فِي الصَّحِيحِ، لأنَّهما لو كفلا بالألف كان الألف منقسمًا عليهما نصفين، ثمَّ إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدَّىٰ أحدهما نصف المال فإنه لا يرجع على الآخر حتَّىٰ يزيدُ المؤدَّىٰ على النصف، لأنَّ جهة الضمان قد اختلفت، لأنَّ نصف المال كان واجبًا عليه بحكم ضمانه بغير واسطةٍ، والنصف الآخر كان واجبًا عليه بحكم الكفالة الثانية، فنَزَلَ هذا منزلة المسئلة الأولىٰ.

قوله: وَالْمُطَالَبَةُ مُتَعَدِّدَةٌ، يعني إنَّما يكون كلُّ واحد منهما كفيلًا عن الأصيل وكفيلًا عن صاحبه لأنَّ موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعدَّدةٌ مطالبةٌ على الأصيل ومطالبةٌ على الكفيل وقد التزمهما كلُّ واحد منهما فتجتمع الكفالتان علىٰ كلِّ واحد منهما.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارةٌ إلىٰ ما مرَّ من قوله: لأنَّ موجبه التزام المطالبة وهي متعدِّدة، في تعليل قوله: من أخذ من رجل كفيلًا بنفسه ثمَّ ذهب فأخذ منه كفيلًا آخر فهما كفيلان.

عَنِ الأَصِيلِ وَكَمَا تَصِحُّ الحَوَالَةُ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ. وَإِذَا عُرِفَ هٰذَا فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا وَقَعَ شَائِعًا عَنْهُمَا إِذِ الكُلُّ كَفَالَةٌ فَلَا تَرْجِيحَ لِلْبَعْضِ عَلَى البَعْضِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ فَيَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ وَلَا يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الِاسْتِوَاءُ، وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنِصْفِ مَا أَدَّىٰ فَلَا يَنْتَقِضُ بِرُجُوعِ الآخَرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الأَصِيلِ لِأَنَّهُمَا أَدَّيَا عَنْهُ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالْآخَرُ بِنَائِبِهِ (وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِالْجَمِيعِ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِجَمِيعِ المَالِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَبْرَأَ رَبُّ المَالِ أَحَدَهُمَا أَخَذَ الآخَرَ بِالْجَمِيعِ) لِأَنَّ إِبْرَاءَ الكَفِيلِ لَا يُوجِبُ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ فَبَقِيَ المَالُ كُلُّهُ عَلَى الأَصِيلِ وَالْآخَرُ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ وَلِهٰذَا يَأْخُذُهُ بِهِ.

قوله: وَكَمَا تَصِحُّ الحَوَالَةُ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ، أو حوالة المحتال عليه بما التزم علىٰ آخرٍ يصحُّ فكذا في الكفالة.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أي بخلاف ما إذا كان كلُّ واحد منهما أصيلًا في النصف، لأنَّ دين الإصالة مقدَّمٌ فلا يرجع حتَّىٰ يزيد على النصف.

قوله: وَلَا يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ، لأنه إذا رجع أحدهما علىٰ صاحبه بنصف ما أدَّىٰ ليس للآخر أن يرجع عليه، لأنَّ قضيته الاستواء وقد حَصَلَ، بخلاف ما إذا كان على اثنين وكلُّ واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه بأن هناكَ جعل المؤدَّىٰ عن الكفالة يؤدِّي إلى الدور، فلا يجعل قوله: وَالْآخَرُ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، إشارةً إلىٰ قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ أَنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالْكُلِّ عَنِ الأَصِيلِ وَبِالْكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ.

قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَ الْمُتَفَاوِضَانِ فَلِأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيَّهُمَا شَاءُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي الشَّرِكَةِ (وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَىٰ صَاحِبِهِ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ) لِمَا مَرَّ مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا كُوتِبَ العَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ) وَوَجْهُهُ أَنَّ هٰذَا العَقْدَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَطَرِيقُهُ أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصِيلًا

قوله: لِمَا مَرَّ مِنَ الوَجْهَيْنِ فِي كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ، وهي مسئلة أوّل الباب حيث قال: ولا معارضة بين ما عليه بحقِّ الأصالة وما عليه بحق الكفالة، وما ذكره من لزوم الدَّور.

قوله: وَإِذَا كُوتِبَ العَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً، بأن قال: كاتبتكما علىٰ ألفٍ إلىٰ سنةٍ، في الفوائد الظهيرية: رجلٌ كاتبَ عبدين له كتابةً واحدةً، ثمَّ إنَّما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لأنَّ كل واحد منهما لو كان مكاتبًا علىٰ حدةً فكفل كلُّ واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولىٰ لا يصحُّ قياسًا واستحسانًا، وهذا العقد صحيحٌ استحسانًا، والقياس أن لا يصحَّ لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالةُ ببدل الكتابة وكل ذلك باطلٌ فيكون شرطها في الكتابة مفسدًا، إذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة، وجه الاستحسان أنَّ هذا عقدٌ يحتمل الصحة بأن يجعل المال علىٰ أحدهما وعتق الآخر معلقًا بأدائه، كما في الولد المولود في الكتابة، ويجعل كلَّ واحد في حقِّ المولىٰ كأنَّ المال كله عليه وعتق الآخر معلَّق بأدائه فيطالب كلُّ واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابلٌ بِهما حتَّىٰ يكون موزَّعًا منقسمًا عليهما، ولكنَّا قدَّرنا المالَ علىٰ كلِّ واحد منهما تصحيحًا للكتابة، ففيما وراءَ ذلك العبرة للحقيقة.

فِي حَقِّ وُجُوبِ الأَلْفِ عَلَيْهِ فَيَكُونُ عِتْقُهُمَا مُعَلَّقًا بِأَدَائِهِ وَيُجْعَلَ كَفِيلًا بِالْأَلْفِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي المُكَاتَبِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَإِذَا عُرِفَ ذٰلِكَ فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ لِاسْتِوَائِهِمَا، وَلَوْ رَجَعَ بِالْكُلِّ لَا تَتَحَقَّقُ المُسَاوَاةُ.

قَالَ: (وَلَوْ لَمْ يُؤَدِّيَا شَيْئًا حَتَّىٰ أَعْتَقَ المَوْلَىٰ أَحَدَهُمَا جَازَ العِتْقُ) لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ وَبَرِئَ عَنِ النِّصْفِ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالْتِزَامِ المَالِ إِلَّا لِيَكُونَ المَالُ وَسِيلَةً إِلَى العِتْقِ وَمَا بَقِيَ وَسِيلَةً فَيَسْقُطُ وَيَبْقَى النِّصْفُ عَلَى الآخَرِ؛ لِأَنَّ المَالَ فِي الحَقِيقَةِ مُقَابَلٌ بِرَقَبَتِهِمَا. وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ، وَإِذَا جَاءَ العِتْقُ اسْتَغْنَىٰ عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُقَابَلًا بِرَقَبَتِهِمَا فَلِهٰذَا يَتَنَصَّفُ، وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ أَيَّهُمَا شَاءَ ..........................................

قوله: فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ، فإن قيل: كيفَ يرجعُ علىٰ صاحبه بنصف ما أدَّىٰ والمالُ في الحقيقة مقابلٌ بِهما فيكون علىٰ كلِّ واحدٍ منهما نصفه فيجبُ أن لا يكون له حقُّ الرجوع ما لم يزد المؤدَّىٰ على ما يخصُّه كما في مسئلة الدَّور، قلنا: إنَّما يرجع علىٰ صاحبه بنصف ما أدَّىٰ تحرُّزًا عن تفريق الصفقة على المولىٰ لأنَّ المؤدَّىٰ لو وقع عن المؤدَّىٰ على الخصوص يبرأ بأدائه عن نصيبه فيعتق، لأنَّ المكاتب إذا برئ عمَّا عليه من البدل يعتقُ، والمولىٰ شَرَطَ عليهما أن يؤديا جميعًا ويعتقا جميعًا، ونظيره نصرانيٌّ كاتَبَ عبدين له نصرانيين علىٰ خمرٍ كتابةً واحدةً فأسْلَم أحدهما انقلب ما عليهما قيمةً.

قوله: وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ أَيَّهُمَا شَاءَ، لأنَّ كلَّ واحد منهما كان

الْمُعْتَقَ بِالْكَفَالَةِ وَصَاحِبَهُ بِالْأَصَالَةِ، وَإِنْ أَخَذَ الَّذِي أَعْتَقَ رَجَعَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ بِمَا يُؤَدِّي لِأَنَّهُ مُؤَدٍّ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَخَذَ الآخَرُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ أَدَّىٰ عَنْ نَفْسِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

مطالبًا بجميع الألف، والباقي بعض ذلك الألف، فبقي على تلك الصفة لأنَّ البقاء يكون علىٰ وفق الثبوت.

قوله: المُعْتَقَ بِالْكَفَالَةِ، فإن قيل: كيف يكون المعتق ههنا كفيلًا ببدل الكتابة والكفالةُ ببدل الكتابة لا تصحُّ؟ قلنا: هذا في حالة البقاء، لأنه لم يكن هذا كفالةً في ابتدائه ببدل الكتابة، بل كان كل بدلِ الكتابة واجبًا علىٰ كلٍّ واحد منهما تصحيحًا للكتابة، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتق كفيلًا عن غير المعتق ببدل الكتابة، فيجوز ذلك بقاءً وإن لم يجز ابتداءً، كما في موت الشهود، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

## بَابُ كَفَالَةِ العَبْدِ وَعَنْهُ

(وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَعْتِقَ وَلَمْ يُسَمِّ حَالًّا وَلَا غَيْرَهُ فَهُوَ حَالٌّ) لِأَنَّ المَالَ حَالٌّ عَلَيْهِ لِوُجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ الذِّمَّةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ لِعُسْرَتِهِ، إِذْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ المَوْلَىٰ وَلَمْ يَرْضَ بِتَعَلُّقِهِ بِهِ وَالْكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ أَوْ مُفْلِسٍ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ لِأَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ بِمُؤَخِّرٍ، ثُمَّ إِذَا أَدَّىٰ رَجَعَ عَلَى العَبْدِ بَعْدَ العِتْقِ لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ العِتْقِ، فَكَذَا الكَفِيلُ لِقِيَامِهِ مَقَامِهِ. (وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ العَبْدُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِبَرَاءَةِ الأَصِيلِ كَمَا إِذَا كَانَ المَكْفُولُ عَنْهُ بِنَفْسِهِ حُرًّا.

قَالَ: (فَإِنِ ادَّعَىٰ رَقَبَةَ العَبْدِ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ فَمَاتَ العَبْدُ فَأَقَامَ المُدَّعِي

## باب كفالة العبد وعنه

قوله: وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَعْتِقَ، أي مالًا هذه صفته وهيَ أنه لا يجب عليه حتَّىٰ يعتق، بأن أقرَّ باستهلاك مال وكذبه المولىٰ، أو أقرضه إنسانٌ، أو باعه وهو محجورٌ، أو وطئ امرأةً بشبهةٍ بغير إذن المولىٰ فإنه لا يؤاخذ به في الحال.

قوله: فَإِنِ ادَّعَىٰ رَقَبَةَ العَبْدِ، وفي الفوائد الظهيرية: فإن ادَّعىٰ على ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجلٌ ثمَّ مات العبد فأقام المدَّعي البينةَ أنه كان له ضمنَ الكفيل قيمتَه، وإنَّما قيَّد إثباتَ ملكه بإقامة البينة لأنه لو ثَبت ملك المدَّعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند

البَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ لَهُ ضَمِنَ الكَفِيلُ قِيمَتَهُ) لِأَنَّ عَلَى المَوْلَىٰ رَدَّهَا عَلَىٰ وَجْهٍ يَخْلُفُهَا قِيمَتُهَا، وَقَدِ التَزَمَ الكَفِيلُ ذٰلِكَ وَبَعْدَ المَوْتِ تَبْقَى القِيمَةُ وَاجِبَةً عَلَى الأَصِيلِ فَكَذَا عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَفَلَ العَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ فَعَتَقَ فَأَدَّاهُ أَوْ كَانَ المَوْلَىٰ كَفَلَ عَنْهُ فَأَدَّاهُ بَعْدَ العِتْقِ لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَىٰ صَاحِبِهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ، وَمَعْنَى الوَجْهِ الأَوَّلِ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ حَتَّىٰ تَصِحَّ كَفَالَتُهُ بِالْمَالِ عَنِ المَوْلَىٰ إذَا كَانَ بِأَمْرِهِ، أَمَّا كَفَالَتُهُ عَنِ العَبْدِ فَتَصِحُّ

التحليف وقد ماتَ العبدُ في يد ذي اليد قضىٰ بقيمة العبد على المدَّعىٰ عليه، ولا يلزم على الكفيل شيءٌ ممَّا لزم على الأصيل، إلَّا إذا أقرَّ الكفيلُ بما أقرَّ به الأصيل، لأنَّ إقرار الأصيل لا يعتبر حجةً في حقِّ الكفيل.

قوله: وَمَعْنَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو ما إذا كفل العبد عن مولاه بأمره أن لا يكون، وفي بعض النسخ: أن يكون، بغير حرف النفي، والصحيح من الرواية «أن لا يكون» لأنه إذا لم يكن عليه دينٌ يصحُّ أمر المولىٰ إيَّاه بالكفالة ويصحُّ تصرُّف المولىٰ فيه لفراغ ذمته عن تعلُّق حق الغير، ألا ترىٰ أنه يملك أن يجعله مشغولًا بالدَّين بأن يقرَّ عليه بالدين فكذا له أن يأذن حتَّىٰ تكفَّل عنه، بخلاف ما إذا كان مديونًا لأنَّ مولاه صار كالأجنبيِّ عنه حتَّىٰ لا يملكُ شغله بالدَّين بالإقرار عليه فكذا لا يملك أمره بالكفالة، وأمَّا كفالته عن العبد تصحُّ بكلِّ حالٍ سواءٌ كان العبد مديونًا أو لا، فإن قيل: دينُ العبد مستحقُّ القضاء من ماليته وهيَ من ملك مولاه فأيُّ فائدةٍ في هذه الكفالة؟ قلنا: الفائدةُ شغل ذمَّة المولىٰ بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله، وهذا لم يكن ثابتًا قبل الكفالة، وإذا ادَّعىٰ رجلٌ على عبدٍ رجل دعوًى فكفَّل مولاه نفسه فهو جائزٌ لأنه التزمَ

عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ. لَهُ أَنَّهُ تَحَقَّقَ المُوجِبُ لِلرُّجُوعِ وَهُوَ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ وَالْمَانِعُ وَهُوَ الرِّقُّ قَدْ زَالَ. وَلَنَا أَنَّهَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ لِأَنَّ المَوْلَىٰ لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَىٰ عَبْدِهِ دَيْنًا وَكَذَا العَبْدُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً أَبَدًا كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَجَازَهُ. (وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِمَالِ الكِتَابَةِ حُرٌّ تَكَفَّلَ بِهِ أَوْ عَبْدٌ) لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ سَقَطَ، وَلَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ فِي ذِمَّةِ الكَفِيلِ، وَإِثْبَاتُهُ مُطْلَقًا يُنَافِي مَعْنَى الضَّمِّ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الِاتِّحَادُ، وَبَدَلُ السِّعَايَةِ كَمَالِ الكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَهُ.

تسليم ما يقدرُ علىٰ تسليمه.

قوله: وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ، والفقهُ فيه أنَّ الكفالة توجب دينًا للطالب على الكفيل ودينًا للكفيل على الأصيل، إلا أنَّ ما يجب للكفيل مؤجَّلٌ إلىٰ وقت أدائه، ولهذا لو أبْرأ الكفيل الأصيل يصحُّ، ولا يرجع إذا ادَّعى الكفيل بعد ذلك فتبيَّن أنَّ المعتبر وقتُ الكفالة، وعند ذلك لم يكن العبد ممَّن يستوجب شيئًا علىٰ مولاه.

قوله: وَبَدَلُ السِّعَايَةِ كَمَالِ الكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنه كالمكاتب عنده، ولا يجوز الكفالة به للمولىٰ ولكن كان ذلك معلَّلًا بالعلة الأولىٰ وهي قوله: لأنه يثبت مع المنافي، لِمَا أنَّ للمستسعىٰ عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، والحدود وغيرها، دون العلة الثانية لأنه لا يرد في حقه التعجيز، وسقوطُ السعاية بالتعجيز، والله تعالىٰ أعلم.

# كِتَابُ الحَوَالَةِ

قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ) قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أُحِيلَ عَلَىٰ مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» وَلِأَنَّـهُ التَزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالْكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالدُّيُونِ لِأَنَّـهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي

## كتاب الحوالة

هي اسمٌ بمعنى الإحالة يقال: أحلتُ زيدًا بما له عليَّ علىٰ رجلٍ، فاحتال زيدٌ به على الرجل، فأنا محيلٌ، وزيد محالٌ ومحتالٌ، والمال محالٌ به، والرجل محالٌ عليه ومحتالٌ عليه، وقولهم للمحتال: المحتال له، لغوٌ لا حاجة إلىٰ هذه الصلة، ويقال للمحتال حويلٌ، كذا في المُغْرِب، وهيَ في الشريعة نقل الدَّين من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحتال عليه.

قوله: وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أُحِيلَ عَلَىٰ مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، فالأمر بالاتباع دليل الجواز.

قوله: وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالدُّيُونِ لِأَنَّـهَا تُنْبِئُ عَنِ النَّقْلِ، والنقلُ في الدَّين لا في العين، لأنَّ هذا نقل شرعيٌّ والدَّين وصفٌ شرعيٌّ فيظهرُ أثره في المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعًا، أمَّا العينُ فحسيٌّ فلا ينتقلُ بالنقل الشرعيِّ بل يحتاج إلى النقل الحسيِّ، فإن قيل: يشكل هذا بما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل، حتَّىٰ أنَّ من قال لغيره: إنَّ لك علىٰ فلانٍ كذا فاحتلّ بِها عليّ، ورضيَ بذلك صاحب الدين صحَّت الحوالة ولا يتحقَّق النقلُ فيه، قلنا: يتحقَّق النقلُ فيه معنًى فإنَّ الرجل إذا قال: أديت دينك علىٰ أن لا أرجع على المديون تكون الحوالة موجودةً معنًى والمعتبر المعنى دون اللفظ.

الدَّيْنِ لَا فِي العَيْنِ.

قَالَ: (وَتَصِحُّ الحَوَالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ وَالْمُحْتَالِ عَلَيْهِ) أَمَّا المُحْتَالُ فَلِأَنَّ الدَّيْنَ حَقُّهُ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا وَالذِّمَمُ مُتَفَاوِتَةٌ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ، وَأَمَّا المُحْتَالُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ وَلَا لُزُومَ بِدُونِ التِزَامِهِ، وَأَمَّا المُحِيلُ فَالْحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ لِأَنَّ التِزَامَ الدَّيْنِ مِنَ المُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَهُوَ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ بِالْقَبُولِ) وَقَالَ زُفَرُ:

قوله: وَتَصِحُّ الحَوَالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ، صحَّة الحوالة تعتمدُ قبول المحتال والمحتال عليه، ولا تصحُّ الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، كما قلنا في الكفالة، إلا أن يقبل رجل الحوالةَ للغائب، ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحَّة الحوالة، حتَّىٰ لو أحاله علىٰ رجلٍ غائبٍ ثمَّ عَلِمَ الغائب فقبل صحَّت الحوالة، وكذا لا يعتبر حضرة المحيل ولا رضاه.

قوله: وَإِذَا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ، وللمتأخرين اختلاف في أنَّ الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين أم عن المطالبة دون الدين؟ وإنَّما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله تعالىٰ في مسائلَ تدلُّ على القولين، أمَّا من قال توجب البراءة عنهما احتجَّ بما قال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ: المطلوب أحال طالبه علىٰ غريمه مقيَّدًا بما له عليه برئ المحيل، ومنها: المحيل وهب الدين من المحتال عليه أو أبرأه لا يصحُّ بالإجماع، ذكره في الجامع، وذكر فيه أيضًا أنَّها مختلفةٌ بين المتأخرين، وذكر في المبسوط: عند أبي يوسف

لَا يَبْرَأُ اعْتِبَارًا بِالْكَفَالَةِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ تَوَثُّقٍ، وَلَنَا أَنَّ الحَوَالَةَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ الغِرَاسِ وَالدَّيْنُ مَتَى انْتَقَلَ عَنِ الذِّمَّةِ لَا يَبْقَىٰ فِيهَا. أَمَّا الكَفَالَةُ فَلِلضَّمِّ وَالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَىٰ وِفَاقِ المَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الأَمْلَإِ وَالْأَحْسَنِ فِي القَضَاءِ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ إِذَا نَقَدَ المُحِيلُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدُ المُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَىٰ فَلَمْ يَكُنْ

رحمه الله تعالىٰ لا يصحُّ، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ يصحُّ، ومنها: أحال الكفيل الطالبَ علىٰ آخر برئ هو والأصيل، ومنها وكَّل رجلًا بقبض الدَّين فأحال المطلوبُ الطالبَ علىٰ رجلٍ خرج الوكيل عن الوكالة، أمَّا من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتجَّ بما قال محمد رحمه الله تعالىٰ: المحتال أبرأ المحتالَ عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع به على المحيل، ومنها: المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال عليه يرجع به على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دينٌ، وإن كان يلتقيان قصاصًا فيسقطُ دين المحيل، وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل، ومنها: المحتال أبرأ المحتال عليه لا يرتدُّ بردِّه، ولو وهب الدين منه يرتدُّ بردِّه، وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل، ومنها: المحيل لو قضى الدين أجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرِّعًا، ومنها: المحيل لا يصلح وكيلًا عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه، علم أنَّ الدين باقٍ عليه وإنَّما تأخرت المطالبة، فصار الحاصل أنَّ الحوالة نقلٌ صورةً، حتى لا يتمكَّن من مطالبة المحيل قبل أن يتوي المال على المحتال عليه، وتأجيلٌ معنًى، حتى لو توىٰ يرجع المحتال على المحيل، فكان محمدٌ رحمه الله تعالىٰ اعتبر النقل في بعض الأحكام، واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملًا بهما.

قوله: وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ إِذَا نَقَدَ المُحِيلُ، جوابُ سؤالٍ وهو أن يقال: لو انتقل الدَّين من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحتال عليه لَمَا أجبر على القبول إذا نقد المحيل، كما

مُتَبَرِّعًا. قَالَ: (وَلَا يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتْوَىٰ حَقُّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَرْجِعُ وَإِنْ تَوِيَ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً فَلَا تَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ. وَلَنَا أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ إِذْ هُوَ الْمَقْصُودُ، أَوْ تَنْفَسِخُ الْحَوَالَةُ لِفَوَاتِهِ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمَبِيعِ.

لو تبَرَّع إنسانٌ بقضاء دينه لأنه يحتمل عود المطالبة إلى المحيل بالتوىٰ فلم يكن متبرعًا، فإن قيل: هو متبَرِّع حال أداء الدين إذ لا دينَ عليه في الحال قطعًا، وما ذكرتَ موهومٌ، قلنا: المتبَرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضَّرر عن نفسه أصلًا، وهو بِهذا الأداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث إسْقَط عن نفسه المطالبة والحبس حال إعساره فلا يكون متبَرِّعًا.

قوله: لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً، أي عن قيد الرجوع على المحيل عند التَّوىٰ، والحوالة للنقل والمنتقل من الأوْصَاف لا يعود، وَلَنَا أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ، أي أنَّ البراءة مقيَّدة، بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ، يعني أنَّ الحوالة التي تحصل بِها البراءة وإن كانت مطلقة لفظًا لكنها هيَ مقيَّدةٌ بشرط السلامة، فلمَّا لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل، فإنَّ دلالة الحال تصلح للتقييد، كما إذا قامت المرأة للخروج فقال الزوج: إن خرجتِ فأنتِ طالقٌ، ينصرف إلىٰ هذه الخرجة التي قصدت في الحال، حتَّىٰ لو قعدت ثمَّ خرجت بعد زمانٍ لا تطلق.

قوله: إذْ هُوَ الْمَقْصُودُ، أي وصول حقِّ المحتال إليه سالمًا هو المقصود من عقد الحوالة، لأنه عقد توثيقٍ فيليق بحالة إبرام العقد وأحكامه لا إبطاله، فصار كوصف السلامة في المبيع بأن اشترىٰ شيئًا فوجده معيبًا يرجع بنقصان العيب وإن لم يشترط ذلك لفظًا، لِمَا

قَالَ: (وَالتَّوَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَحَدُ الأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا) لِأَنَّ العَجْزَ عَنِ الوُصُولِ يَتَحَقَّقُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ التَّوَىٰ فِي الحَقِيقَةِ (وَقَالَا هٰذَانِ الوَجْهَانِ. وَوَجْهٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ) وَهٰذَا بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ الإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ القَاضِي عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، لِأَنَّ مَالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ.

أنَّ وصف السلامة مستحقٌّ للمشتري فلمَّا لم يسلم للمحتال حقَّه يرجع به على المحيل، ولأنَّ البراءة حصلت بطريق الانتقال فإذا لم يسلم له من المحل الذي انتقلَ إليه يعود حقه إلى المحل الذي انتقل عنه، كما لو اشترىٰ بالدَّين شيئًا وهَلَكَ قبل القبض فإنَّ حقه يعودُ في الدين كما كان، فكذا هنا، والجامع أنَّها سببٌ يحتمل الفسخَ، حتَّىٰ لو تراضيا علىٰ فسخ الحوالة انفسخت، كما أنَّ ذلك السبب يحتمل الفسخ.

قوله: وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا، ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: أو يجحد المحتال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحتال، أو يموت ولم يترك مالًا ولا دينًا ولا كفيلًا، ولو مات المحتال عليه فقال المحتال: مات مفلسًا، وقال المحيل بخلافه، ففي الشافي القول للمحتال مع اليمين على العلم لتمسُّكه بالأصل وهو العسرة، ولأنه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مالٌ، ولو كان حيًّا فزعَم أنه مفلسٌ فالقولُ قوله، فكذلك بعد موته إذا زعم الطالب أنه مفلسٌ فالقولُ قوله مع يمينه علىٰ علمه، وفي شرح الناصحي: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين.

قوله: وَهٰذَا بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ الإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ القَاضِي عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، يُقال: أفلسَ، أي صار ذا فلسٍ بعد أن كان ذا درهمٍ ودينارٍ فاستعمل مكان افتقر، وفلسه القاضي

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ فَقَالَ الْمُحِيلُ أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ لَكَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ) لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ إِلَّا أَنَّ الْمُحِيلَ يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ، وَلَا تَكُونُ الْحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنْهُ بِالدَّيْنِ عَلَيْهِ لِأَنَّـهَا قَدْ تَكُونُ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ إِنَّمَا أَحَلْتُكَ لِتَقْبِضَهُ لِي وَقَالَ الْمُحْتَالُ لَا بَلْ أَحَلْتنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْك فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ) لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَلَفْظَةُ الْحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الْوَكَالَةِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

أي قضىٰ بإفلاسه حين ظَهَرَ له حاله، كذا في الطلبة، هما يقولان: اعتبر القضاء بالإفلاس في إخراجه من السجن فكذا في حقِّ غيره، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: الإفلاس لا يتحقق لأنَّ المال غادٍ ورائح فقد يصبح الرجل فقيرًا ويمسي غنيًّا، رَاحَ خلاف غدًا إذا جاء أو ذَهَب رواحًا أي بعد الزوال، والمعنى جاءٍ وذاهبٍ أو عكسه، ثمَّ عود المال إلى المحيل بالتَّوىٰ لا لتعذر الاستيفاء، ألا ترىٰ أنه لو تعذَّر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيءٍ، ولا تصوُّر للتوى في الدين حقيقةً وإنَّما يكون ذلك حكمًا بخروج محله من أن يكون محلًّا صالحًا للالتزام، وبعد الإفلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبلُ فلا يتحقَّق التَّوىٰ، بخلاف ما بعد الموت مفلسًا لأنَّ الذمة خرجت من أن تكون محلًّا صالحًا للالتزام فثبت التَّوىٰ بهذا الطريق حكمًا.

قوله: وَلَفْظَةُ الْحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الْوَكَالَةِ، جوابُ سؤالٍ مقدَّرٍ وهو أن يقال: إذا

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى القَضَاءِ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَرِئَ) لِتَقَيُّدِهَا بِهَا، فَإِنَّهُ مَا التَزَمَ الأَدَاءَ إِلَّا مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَغْصُوبِ لِأَنَّ الفَوَاتَ إِلَىٰ خُلْفٍ كَلَا فَوَاتَ، وَقَدْ تَكُونُ الحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالدَّيْنِ أَيْضًا، وَحُكْمُ المُقَيَّدَةِ فِي هٰذِهِ الجُمْلَةِ

أحاله فقد أقرَّ بالدين لأنَّ الحوالة نقل الدين من ذمةٍ إلىٰ ذمةٍ، فأجابَ أنَّ الحوالة تستعمل في نقل التصرف علىٰ طريق التوكيل، ولهذا قال محمد رحمه الله تعالىٰ: إذا صار مال المضاربة دينًا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له: أحال رب المال على الغرماء، أي وكَّل، وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجةً للمحتال علىٰ أنَّ المحيل صار معترفًا بالدين، بل لمَّا كان محتملًا كان القول قول من اتَّهمه مع يمينه، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: وتحتمل المسئلة معنًى آخر وهو أنَّ المحتال إذا استوفى الألف وقد كان المحيل باع متاعًا من المحتال عليه بهذا الألف فيقول المحتال: كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكيلًا ببيعه من جهتي والمقبوض مالي، ويقول المحيل: كان المتاع ملكي وإنَّما بعتُه لنفسي فالقول قول المحيل حينئذٍ، لأنَّ أصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل، ثمَّ كل متصرِّفٍ عاملٌ لنفسه حتى يقوم الدليل علىٰ كونه عاملًا لغيره، والثمن إنَّما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبًا له في الظاهر فلذلك كان القول قوله.

قوله: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ، الأصل أنَّ الحوالة نوعان: مقيَّدةٌ بدينٍ على المحتال عليه أو بعينٍ في يده، بغصب أو وديعة أو غير ذلك، ومطلقة بأن يرسل الحوالة إرسالًا ولا يقيِّدها بدينٍ أو عينٍ، أو يحيله علىٰ رجلٍ ليسَ له عليه دينٌ ولا في يده عينٌ له، ثمَّ المطلقة حالةٌ ومؤجَّلةٌ.

قوله: وَحُكْمُ المُقَيَّدَةِ فِي هٰذِهِ الجُمْلَةِ، أي حكم الحوالة المقيَّدة في جملة ما

أَنْ لَا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَىٰ مِثَالِ الرَّهْنِ وَإِنْ كَانَ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحِيلِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ فَيَأْخُذُهُ مِنْهُ لَبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ وَهِيَ حَقُّ الْمُحْتَالِ. بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ بِهِ بَلْ بِذِمَّتِهِ فَلَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ وَهِيَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ

ذكرناها وهي ما إذا كانت مقيَّدةً بالعين أو بالدين، والعين إمَّا أن كانت وديعةً أو غصبًا أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلَّق به حقُّ المحتال على مثال الرهن، فإنَّ الراهن بعد ما رهن لا يبقىٰ له حقُّ الأخذ من يد المرتَهن إلا أنه يخالفُ الرهن من حيث إنَّ المحتال لا يكون أخصَّ بذلك العين أو الدين الذي قيدت حوالته به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو أُسْوةٌ لهم، والمرتَهن يكون أخصَّ بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن.

قوله: بِخِلَافِ الْمُطْلَقَةِ، وهي أن يقول المديون لربِّ الدين: أحلتك بالألف التي لك عليَّ علىٰ هذا الرجل، ولم يقل ليؤديها من المال الذي لِيَ عليه، أو العين الذي عنده من غصبٍ أو وديعةٍ، لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ، أي لحق المحتال بِهِ، أي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذي عنده.

قوله: بَلْ بِذِمَّتِهِ، أي بذمة المحتال عليه، وفي الذمة سعةٌ، فَلَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ، أي من الدين، أَوْ عِنْدَهُ، من الغصب والوديعة.

قوله: وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ، السُّفتجة تعريب سُفتَه، وسُفْته شيءٌ محكمٌ، وسُمِّي هذا

الطَّرِيقِ) وَهٰذَا نَوْعُ نَفْعٍ أُسْتُفِيدَ بِهِ وَقَدْ «نَهَىٰ رَسُولُ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا» .

* * *

القرض به لإحكام أمره، وفي المغرب: السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج، وصورتَها أن يدفع إلىٰ تاجر مالًا قرضًا ليدفعه إلىٰ صديقه، وإنَّما يدفعه علىٰ سبيل القرض لا علىٰ سبيل الأمانة ليستفيد به سقوطُ خطر الطريق، وقيل: هيَ أن يقرض إنسانًا ليقضيه المستقرض في بلدٍ يريده المقرض ليستفيد به سقوطُ خطر الطريق، فإن لم تكن المنفعة مشروطةً ولا كان فيها عُرفٌ ظاهرٌ فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لأنه أحالَ الخطر المتوقع على المستقرض، ولذلك أوْرَده في آخر باب الحوالة، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

# كِتَابُ أَدَبِ القَاضِي

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ القَاضِي حَتَّىٰ يَجْتَمِعَ فِي المُوَلَّىٰ شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ

## كتاب أدب القاضي

القضاءُ عبارة عن الأحكام لغةً، قال:

[من الكامل]

وَعَلَيْهِمَا مَسْرُودَتَانِ قَضَاهُمَا (١)

وعن الإلزام شريعةً، وهو مشروعٌ بالكتاب قال الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، والسنة فإنه عليه الصلاة والسلام قضىٰ وولّىٰ عليًا ومعاذًا، والإجماع والمعقولِ، ففي القضاء بالحق إظهار العدل، وبه قامت السموات والأرض، ودفع الظلم من الجاهل وهو مما يدعو إليه عقل كل عاقل، وإنصاف المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والأمر بالمعروف، ولأجله بعث الرسل والأنبياء، وكان عليه الخلفاء والعلماء.

قوله: حَتَّىٰ يَجْتَمِعَ فِي المُوَلَّىٰ، علىٰ لفظ اسم المفعول ليكون فيه دلالةٌ على تولية غيره إيَّاه بدون طلبه وهو الأَوْلىٰ للقاضي علىٰ ما يجيء إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) القائل هو أبي ذؤيب، والبيت كاملًا هكذا:

وَعَلَيْهِمَا مَسْرُودَتَانِ قَضَاهُمَا ❊ دَاوُدُ أَوْ صَنَعَ السَّوَابِغَ تُبَّعُ

المسرودتان: الدرعان، وقضاهما: فرع من عملهما، والصانع ها هنا تُبَّعُ، انظر: لسان العرب، مادة صنع.

وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ حُكْمَ القَضَاءِ يُسْتَقَىٰ مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ يَكُونُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ وَمَا يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ القَضَاءِ. وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ حَتَّىٰ لَوْ قُلِّدَ يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ القَاضِي شَهَادَتَهُ، وَلَوْ قَبِلَ جَازَ عِنْدَنَا. وَلَوْ كَانَ القَاضِي عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ لَا يَنْعَزِلُ وَيَسْتَحِقُّ العَزْلَ، وَهٰذَا هُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: الفَاسِقُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فِي النَّوَادِرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -: إِذَا قُلِّدَ الفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ لِأَنَّ المُقَلِّدَ

قوله: فَلِأَنَّ حُكْمَ القَضَاءِ يُسْتَقَىٰ مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ - أي يستفاد - لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ، لأنَّ الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبىٰ، فالشهادة والقضاء كذلك، وإنَّما قلنا أنَّ حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة إذ الشهادة بمنزلة الأصل والقضاء كالتبع لها، ألا ترىٰ أنه بنىٰ عليها.

قوله: وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ لِأَنَّ المُقَلِّدَ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ، فيتقيَّد التقليد بحال عدالته فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته، فلمَّا فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة، وكما يصحُّ تعليق القضاء والأمارة بالشرط بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمتَ بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيتَ مكَّة فأنت أمير الموسم، فكذلك

اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا. وَهَلْ يَصْلُحُ الفَاسِقُ مُفْتِيًا؟ قِيلَ لَا لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ وَخَبَرُهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ، وَقِيلَ يَصْلُحُ لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ كُلَّ الجَهْدِ فِي إِصَابَةِ الحَقِّ حَذَارِ النِّسْبَةِ إِلَى الخَطَإِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَالصَّحِيحُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الِاجْتِهَادِ شَرْطُ الأَوْلَوِيَّةِ. فَأَمَّا تَقْلِيدُ الجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ الأَمْرَ بِالْقَضَاءِ يَسْتَدْعِي القُدْرَةَ عَلَيْهِ وَلَا قُدْرَةَ دُونَ العِلْمِ. وَلَنَا أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَىٰ غَيْرِهِ، وَمَقْصُودُ القَضَاءِ يَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ إِيصَالُ الحَقِّ إِلَىٰ مُسْتَحِقِّهِ. وَيَنْبَغِي لِلْمُقَلِّدِ أَنْ يَخْتَارَ مَنْ هُوَ الأَقْدَرُ وَالْأَوْلَىٰ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ قَلَّدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ». وَفِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أُصُولِ الفِقْهِ. وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الآثَارِ، أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْحَدِيثِ لِئَلَّا

يصحُّ أيضًا تعليق عزل القاضي بالشرط.

قوله: وَفِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ كَلَامٌ، وأصحُّ ما قيل فيه أن يكون قد حوىٰ علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبًا في القياس، عالمًا بعُرف الناس.

قوله: وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ، أي منسوبٌ إلىٰ علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه، ولكن له فقهٌ أيضًا وليسَ هو بقدر علمه بالحديث، أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْحَدِيثِ، أي منسوبٌ إلى الفقه ولكن له علمٌ بالحديث أيضًا

يَشْتَغِلَ بِالْقِيَاسِ فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ أَنْ يَكُونَ مَعَ ذٰلِكَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عَادَاتِ النَّاسِ لِأَنَّ مِنَ الأَحْكَامِ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي الْقَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - تَقَلَّدُوهُ وَكَفَىٰ بِهِمْ قُدْوَةً، وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لِكَوْنِهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ الْعَجْزَ عَنْهُ وَلَا يَأْمَنُ عَلَىٰ نَفْسِهِ

وليس هو بقدر علمه بالفقه.

قوله: لِأَنَّ مِنَ الأَحْكَامِ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا، أي علىٰ عادات الناس كالاستصناع يجوز عرفًا ويترك به القياس.

قوله: وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لِكَوْنِهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ، فإن قيل: لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبًا لِمَا أنَّ أدنىٰ درجات فرض الكفاية النَّدب، كما في صلاة الجنازة ونحوها، قلنا: نعم كذلك إلا أنَّ فيه خطرًا عظيمًا وأمرًا مخوفًا لا يسلم في بحره كل سابحٍ ولا ينجو منه كل طامحٍ إلا من عصمه الله تعالىٰ، وهو عزيزٌ وجوده، وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب البليغ ولم يختره.

ألا ترىٰ أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ دُعِي إلى القضاء ثلاث مرَّات فأبىٰ حتَّىٰ ضُرِب في كل مرة ثلاثين سوطًا، فلمَّا كان في المرَّة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسفَ رحمه الله تعالىٰ، فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لو تقلدت لنفعتَ الناسَ، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ نظر الغضب وقال: أرأيتَ لو أمرتَ أن أعبر البحرَ سباحةً أكنتُ أقدر عليه؟ وكأنِّي بك قاضيًا؟ وكذا دُعيَ محمد رحمه الله

الحَيْفَ فِيهِ) كَيْ لَا يَصِيرَ شَرْطًا لِمُبَاشَرَتِهِ القَبِيحَ، وَكَرِهَ بَعْضُهُمْ الدُّخُولَ فِيهِ مُخْتَارًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ جُعِلَ عَلَى القَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ» وَالصَّحِيحُ أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ العَدْلِ وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ فَلَعَلَّهُ يُخْطِئُ ظَنُّهُ وَلَا يُوَفَّقُ لَهُ أَوْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَلَا بُدَّ مِنَ الإِعَانَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ دُونَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ العِبَادِ وَإِخْلَاءً لِلْعَالَمِ عَنِ الفَسَادِ.

تعالىٰ إلى القضاء فأبىٰ حتى قيِّد وحبس واضطرَّ فتقلد.

قوله: كَيْ لَا يَصِيرَ شَرْطًا، أي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطًا لمباشرة القبيح لأنه قبل القضاء لا يتمكّن من إجراء الظلم علىٰ غيره أو ارتكاب قبيحٍ آخر لعجزه وخوفه، فلمَّا ولي القضاء فقد تمكَّن من ذلك لقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطًا لارتكابه.

قوله: فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ، رواه أبو هريرةَ رضي الله تعالىٰ عنه، وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأنَّ السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعًا، والذَّبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغمِّ ونحو ذلك فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فإنه في ظاهره جاهٌ وفي باطنه هلاكٌ، وكان شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصابَ ذلك القاضي، فقد حُكِي أنَّ قاضيًا رُويَ له هذا الحديث فازدرأه فقال: كيف يكون هذا، ثمَّ دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلَّاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأعابه الموسىٰ وألقىٰ رأسه بين يديه.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَىٰ نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ» وَلِأَنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَىٰ نَفْسِهِ فَيُحْرَمُ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَىٰ رَبِّهِ فَيُلْهَمُ. (ثُمَّ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِنَ العَادِلِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي نَوْبَتِهِ، وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِنَ الحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِرًا إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ القَضَاءِ بِحَقٍّ لِأَنَّ المَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِالتَّقَلُّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمَكِّنُهُ.

وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الوِلَايَةَ - أي بقلبه - وَلَا يَسْأَلَهَا، أي بلسانه.

قوله: وُكِلَ إِلَىٰ نَفْسِهِ، أي فوِّض أمره إلىٰ نفسه، ومن فوض أمره إلىٰ نفسه كان مخذولًا غير منصورٍ، لأنَّ النفسَ أمَّارةٌ بالسوء، وإنَّما كان كذلك لأنَّ من سأل القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه فصار معجبًا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق، فأمَّا من أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالىٰ وتوكل عليه، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾ [الطلاق: ٣] فيلهم الرشد ويوفق للصواب.

قوله: فِي نَوْبَتِهِ، أي في نوبة علي رضي الله تعالىٰ عنه، وإنَّما قيَّد به احترازًا عن مذهب الروافض فإنَّهم يقولون: كان الحقُّ في يد عليٍّ في نوبة أبي بكر وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله تعالىٰ عنهم، وقال: ولكن ما قالوه باطلٌ لإجماع الأمة علىٰ صحة خلافة الخلفاء الراشدين، ولو كان الأمر على ما قالته الروافض لكان إجماع الأمة علىٰ باطلٍ، ولا تجتمع الأمة على باطلٍ، ولم يرو عن عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه ولا عن غيره مخالفة ذلك الإجماع.

قَالَ: (وَمَنْ قُلِّدَ القَضَاءَ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ القَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ) وَهُوَ الخَرَائِطُ الَّتِي فِيهَا السِّجِلَّاتُ وَغَيْرُهَا، لِأَنَّهَا وُضِعَتْ فِيهَا لِتَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الحَاجَةِ فَتُجْعَلُ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ القَضَاءِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ البَيَاضُ مِنْ بَيْتِ المَالِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الخُصُومِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدِ انْتَقَلَ إِلَى المُوَلَّىٰ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ القَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدَيُّنًا لَا تَمَوُّلًا، وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ لِيَقْبِضَاهَا بِحَضْرَةِ المَعْزُولِ أَوْ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَجْعَلَانِ كُلَّ نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ عَلَى المُوَلَّىٰ، وَهٰذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ

قوله: يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ القَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ، ديوان القاضي الخرائطُ التي فيها نسخ السجلات والصُّكوك ونصب الأوصياء والقِيِّم في أموال الوقف وتقدير النفقات، وهذا لأنَّ القاضي يكتب نسختين إحداهما تكون بيد الخصم والأخرىٰ تكون في ديوان القاضي، لأنه رُبَّما يحتاج إليه لمعنًى من المعانِي، وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان، ويبعث رجلين من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول أو أمينه، والواحد يكفي والاثنان أحوط، ويسألان القاضي الأول شيئًا فشيئًا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطةٍ، وما كان من نصب الأوصياء في أموال اليتامىٰ يجعلونه في خريطةٍ، لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيءٌ من ذلك متى احتاج إلىٰ نسخةٍ منها، فأمَّا القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطةٍ، ولو احتاج إلىٰ نوع منها يحتاج إلىٰ تفتيش جميعها، وإنَّما يسألان القاضي المعزول وإن لم يكن قوله حجةً لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكَل عليهما.

الحَالِ لَا لِلْإِلْزَامِ.

## وَظَائِفُ القَاضي

قَالَ: (وَيَنْظُرُ فِي حَالِ المَحْبُوسِينَ) لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا (فَمَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ (وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ المَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ بِالْعَزْلِ التَحَقَ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَىٰ فِعْلِ نَفْسِهِ (فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّىٰ يُنَادَىٰ عَلَيْهِ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي المَعْزُولِ حَقٌّ ظَاهِرٌ فَلَا يُعَجِّلُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ. (وَيَنْظُرُ فِي الوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الوُقُوفِ فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَىٰ مَا تَقُومُ بِهِ البَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ

قوله: حَتَّىٰ يُنَادَىٰ عَلَيْهِ، أي يأمر مناديًا ينادي عليه كل يوم إذا جلس: من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلانِي بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه ينادى عليه كذلك أيامًا، فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضر تأنَّىٰ عليه أيامًا على حسب ما يرى القاضي، فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلًا بأنفسهم وأطلقهم.

قوله: وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ المَعْزُولِ، لِمَا بَيَّنَّا، أي لا يقبل قول المعزول أنَّ المال الذي في يد زيدٍ يكون لعمرو، لأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا، إلا أن يعترف الذي في يديه المال أنَّ المعزول سلمه إليه لأنه ثبت بإقراره أنَّ اليد كانت للقاضي فيصحُّ إقرار القاضي كأنه في يده في الحال لأنَّ من في يده مال إذا أقرَّ بذلك المال لإنسان يقبل إقراره، إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغيره فيقول: هذا المال لفلان بن فلان، غير الذي أقرَّ له القاضي

فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ حُجَّةٌ. (وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ المَعْزُولِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ المَعْزُولَ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهَا) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي فَيَصِحُّ إِقْرَارُ القَاضِي كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الحَالِ، إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ القَاضِي فَيُسَلِّمُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ الأَوَّلِ لِسَبْقِ حَقِّهِ وَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلَّمُ إِلَى المُقَرِّ لَهُ مِنْ جِهَةِ القَاضِي.

قَالَ: (وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي المَسْجِدِ) كَيْ لَا يَشْتَبِهَ مَكَانُهُ عَلَى الغُرَبَاءِ وَبَعْضِ المُقِيمِينَ، وَالْمَسْجِدُ الجَامِعُ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ أَشْهَرُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُكْرَهُ الجُلُوسُ فِي المَسْجِدِ لِلْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَحْضُرُهُ المُشْرِكُ وَهُوَ نَجَسٌ بِالنَّصِّ وَالْحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ دُخُولِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّمَا بُنِيَتِ المَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللهِ تَعَالَىٰ وَالْحُكْمِ». «وَكَانَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَفْصِلُ الخُصُومَةَ فِي مُعْتَكَفِهِ» وَكَذَا الخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ كَانُوا يَجْلِسُونَ

المعزول، ثمَّ قال دفعه إلى القاضي المعزول فيسلم إلى المقرِّ له الأول لسبق يده ثم يضمن للقاضي المعزول قيمة ذلك العين أو مثله بإقراره أنَّ اليد كانت له فيأخذ المعزول ويسلم إلى الذي أقرَّ القاضي له، ولو بدأ بالدفع فقال دفعه إلى القاضي المعزول وهو لفلانٍ آخر فالقول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلىٰ من أقرَّ له القاضي المعزول، ولو قال صاحب اليد دفعه إلى القاضي المعزول وقال هو لفلان بن فلان، أو قال دفعه إليَّ ولا أدري لمن هو فالمولىٰ يقبل قول المعزول، ولو أنكر ذو اليد ما قاله المعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه.

فِي المَسَاجِدِ لِفَصْلِ الخُصُومَاتِ، وَلِأَنَّ القَضَاءَ عِبَادَةٌ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي المَسْجِدِ كَالصَّلَاةِ. وَنَجَاسَةُ المُشْرِكِ فِي اعْتِقَادِهِ لَا فِي ظَاهِرِهِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ دُخُولِهِ، وَالْحَائِضُ تُخْبِرُ بِحَالِهَا فَيَخْرُجُ القَاضِي إِلَيْهَا أَوْ إِلَىٰ بَابِ المَسْجِدِ أَوْ يَبْعَثُ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا كَمَا إِذَا كَانَتِ الخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ. وَلَوْ جَلَسَ فِي دَارِهِ لَا بَأْسَ بِهِ وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهَا، وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ قَبْلَ ذٰلِكَ لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً.

قَالَ: (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ القَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ صِلَةُ الرَّحِمِ وَالثَّانِيَ لَيْسَ لِلْقَضَاءِ بَلْ جَرَىٰ عَلَى العَادَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذٰلِكَ يَصِيرُ آكِلًا بِقَضَائِهِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ لِلْقَرِيبِ خُصُومَةٌ لَا يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ، وَكَذَا إِذَا زَادَ المُهْدِي عَلَى المُعْتَادِ أَوْ كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ لِأَنَّهُ لِأَجْلِ القَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ. (وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً) لِأَنَّ الخَاصَّةَ لِأَجْلِ القَضَاءِ فَيُتَّهَمُ بِالْإِجَابَةِ، بِخِلَافِ العَامَّةِ، وَيَدْخُلُ فِي هٰذَا الجَوَابِ قَرِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ

قوله: كَمَا إِذَا كَانَتِ الخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ، فإنه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود، والإشارة إليها.

قوله: لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً، وهي تُهمة الظلم والرِّشوة.

قوله: وَيَدْخُلُ فِي هٰذَا الجَوَابِ قَرِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا، لم يفصل في الدعوة الخاصة

- رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُجِيبُهُ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالْهَدِيَّةِ، وَالْخَاصَّةُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُضِيفُ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا لَا يَتَّخِذُهَا.

قَالَ: (وَيَشْهَدُ الجِنَازَةَ وَيَعُودُ المَرِيضَ) لِأَنَّ ذٰلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ» وَعَدَّ مِنْهَا هٰذَيْنِ. (وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَىٰ عَنْ ذٰلِكَ، وَلِأَنَّ فِيهِ تُهْمَةً.

بين أن يكون الداعي أجنبيًا أو ذا رحم محرم منه، وقال في فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذي رحم محرم منه فلا بدَّ من التأويل بين المسئلتين، قالوا ما ذكر في الضيافة محمولٌ علىٰ ما إذا كان ذا رحم محرم لم تجر بينهما الدعوة، والمهاداة صلة للقرابة، وإنَّما أحدث بعد القضاء فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبيُّ سواءٌ في هذا، وما ذكر في الهداية أنه يقبل من ذي رحمٍ محرمٍ فهو محمولٌ علىٰ أنه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلةً للقرابة، فإذا أهدىٰ إليه هديةً بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ، وفي مبسوط شيخ الإسلام: إلا أن يكون المضيف خصمًا فينبغي أن لا يجيب دعوته وإن كانت عامةً.

قوله: وَيَعُودُ المَرِيضَ، هذا إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أمَّا إذا كان منهم فلا ينبغي أن يعود لأنَّ ذلك يؤدِّي إلى إيذاء الخصم الآخر وإلى التهمة، قال عليه الصلاة والسلام: «على المسلمِ لأخيه ستَّةُ حقوقٍ، إن ترك شيئًا منها فقد تركَ حقًّا واجبًا عليه، إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعوده، وإذا مات أن يحضُرَه، وإذا لقيه أن يسلّم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشمِّته».

قوله: وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ، فيه إشارةٌ إلىٰ أنه لو أضافهما جميعًا

قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَا سَوَّىٰ بَيْنَهُمَا فِي الجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إذَا أُبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالْقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ وَالْإِشَارَةِ وَالنَّظَرِ» (وَلَا يُسَارَّ أَحَدَهُمَا وَلَا يُشِيرُ إلَيْهِ وَلَا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً) لِلتُّهْمَةِ وَلِأَنَّ فِيهِ مَكْسَرَةً لِقَلْبِ الآخَرِ فَيَتْرُكُ حَقَّهُ (وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّهُ يَجْتَرِئُ عَلَىٰ خَصْمِهِ (وَلَا يُمَازِحُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنْهُمْ) لِأَنَّهُ يُذْهِبُ بِمَهَابَةِ القَضَاءِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ) وَمَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، وَهٰذَا لِأَنَّهُ إعَانَةٌ لِأَحَدِ الخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتَلْقِينِ الخَصْمِ. وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَحْصُرُ لِمَهَابَةِ المَجْلِسِ فَكَانَ تَلْقِينُهُ إحْيَاءً لِلْحَقِّ بِمَنْزِلَةِ الإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ.

فليسَ به بأس، وفي المبسوط: لا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه.

* * *

## فَصْلٌ فِي الحَبْسِ

قَالَ: (وَإِذَا ثَبَتَ الحَقُّ عِنْدَ القَاضِي وَطَلَبَ صَاحِبُ الحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ) لِأَنَّ الحَبْسَ جَزَاءُ المُمَاطَلَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ ظُهُورِهَا، وَهٰذَا إِذَا ثَبَتَ الحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ فَلَعَلَّهُ طَمِعَ فِي الإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبِ المَالَ، فَإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذٰلِكَ حَبَسَهُ لِظُهُورِ مَطْلِهِ، أَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ حَبَسَهُ كَمَا ثَبَتَ لِظُهُورِ المَطْلِ بِإِنْكَارِهِ.

قَالَ: (فَإِنِ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ كَثَمَنِ المَبِيعِ أَوِ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ المَالُ فِي يَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ، وَإِقْدَامُهُ عَلَى التِزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ إِذْ هُوَ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَىٰ أَدَائِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ إِذَا قَالَ إِنِّي فَقِيرٌ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا فَيَحْبِسُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ دَلَالَةُ اليَسَارِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَعَلَى المُدَّعِي إِثْبَاتُ غِنَاهُ، وَيُرْوَىٰ أَنَّ القَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ

## فصل في الحبس

قوله: وَيُرْوَىٰ أَنَّ القَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ، وهو اختيار الخصَّاف

الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ لِأَنَّ الأَصْلَ هُوَ العُسْرَةُ. وَيُرْوَىٰ أَنَّ القَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ. وَفِي النَّفَقَةِ القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنَّهُ مُعْسِرٌ، وَفِي إِعْتَاقِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ القَوْلُ لِلْمُعْتِقِ، وَالْمَسْأَلَتَانِ تُؤَدِّيَانِ القَوْلَيْنِ الأَخِيرَيْنِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ أَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ بَلْ هُوَ صِلَةٌ حَتَّىٰ تَسْقُطَ النَّفَقَةُ بِالْمَوْتِ عَلَى الاِتِّفَاقِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ضَمَانُ الإِعْتَاقِ، ثُمَّ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُدَّعِي إِنَّ لَهُ مَالًا، أَوْ ثَبَتَ ذٰلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ يَسْأَلُ

رحمه الله، وَيُرْوَىٰ أَنَّ القَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ، وهو اختيار أبي عبد الله البلخي، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالىٰ، ويؤيد هذين القولين مسئلتان: إحداهما: أن المرأة إذا ادعت علىٰ زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادَّعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين، فالقول للزوج أنه معسر لتمسكه بالأصل، وثانيتهما: أنَّ أحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وزعم أنه معسر فالقول للمعتق، فهاتان المسئلتان تخالفان القول الأول، لأن فيهما التزامًا إذ إقدامه على النكاح والإعتاق إمارة قدرته على النفقة والضمان، كما في المهر والكفالة.

قوله: وَالتَّخْرِيجُ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ، يعني تخريج هاتين المسئلتين علىٰ وجه لا تردّان نقضًا علىٰ ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلًا عن مال، أو التزمه بعقد أنَّ الحبس فيما يكون دينًا على المدَّعى عليه مطلقًا، وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقًا حتى يسقطَ بالموت بالاتفاق، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ

عَنْهُ فَالْحَبْسُ لِظُهُورِ ظُلْمِهِ فِي الحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ مُدَّةً لِيَظْهَرَ مَالُهُ لَوْ كَانَ يُخْفِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ تَمْتَدَّ المُدَّةُ لِيُفِيدَ هٰذِهِ الفَائِدَةَ فَقَدَّرَهُ بِمَا ذَكَرَهُ، وَيُرْوَىٰ غَيْرُ ذٰلِكَ مِنَ التَّقْدِيرِ بِشَهْرٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَىٰ سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّقْدِيرَ مُفَوَّضٌ إِلَىٰ رَأْيِ القَاضِي لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الأَشْخَاصِ فِيهِ.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خُلِّيَ سَبِيلُهُ) يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النَّظِرَةَ إِلَى المَيْسَرَةِ فَيَكُونُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذٰلِكَ ظُلْمًا؛ وَلَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ إِفْلَاسِهِ قَبْلَ المُدَّةِ تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَلَا تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ عَامَّةُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ -. قَالَ فِي الكِتَابِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ

في كتاب الحوالة، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه يحبسه ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر، وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أنه يحبسه شهرًا، وقيل: أنه أرفق الأقاويل في هذا الباب، لأنَّ ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل، والصحيح أنَّ التقدير مفوض إلىٰ رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه، حتى إذا مضت عليه ستة أشهر ووقع عند القاضي أنه متعنِّتٌ يديم الحبس، وإن مضىٰ شهرًا أو دونه ووقع أنه عاجز أطلقه، وهكذا روي عن محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَلَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ إِفْلَاسِهِ قَبْلَ المُدَّةِ تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وكيفية الشهادة على الإفلاس حُكي عن أبي القاسم أنه قال: ينبغي أن يقول: أشهد أنه مفلس معدم لا نعلم له مالًا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة، وقد اختبرنا أمره في السرِّ والعلانية ولا تقبل في رواية، وعلى الثانية عامة المشايخ.

قوله: قَبْلَ المُدَّةِ، أي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدَّة أو تقدير

وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ، وَهٰذَا كَلَامٌ فِي المُلَازَمَةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ القَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَّدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَّىٰ سَبِيلَهُ، وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً وَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ وَالْحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ فَلَا نُعِيدُهُ.

الطحاوي أو غيرهما، وفي الذخيرة: فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحدٌ عدلٌ أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله تعالىٰ فيه روايتان، في رواية قال لا يحبسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى، وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله تعالىٰ، وهكذا قال نصير بن يحيىٰ، وقال أبو بكر الإسكاف وعامة مشايخ ما وراء النهر أنَّ القاضي يحبسه ولا يلتفت إلى هذه البينة، وهذا لأنَّ البينة على الإعسار بينة على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيَّدت بمؤيِّد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد، لأنَّ الظاهر أنه لو كان قادرًا علىٰ قضاء الدين لما تحمَّل مرارة الحبس.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ القَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، إلىٰ آخره، وإنَّما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لأنَّ رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في أوَّل هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه في أوَّل الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة، وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بجواز الحبس متصلًا بإقراره حيث قال: يحبسه ثم يسأل عنه، فثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثمَّ ذكر تأويله بقوله: ومراده إذا أقرَّ عند غير القاضي، إلىٰ آخره إزالةً للتناقض الثابت من حيث الظاهر.

قوله: وَالْحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ، أي بينا الحبس أوَّلًا ومدته فلا نعيده.

قَالَ: (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ) لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالِامْتِنَاعِ (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ) لِأَنَّهُ نَوْعُ عُقُوبَةٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الوَلَدُ عَلَى الوَالِدِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ (إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءً لِوَلَدِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُتَدَارَكُ لِسُقُوطِهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ، وكذا الأمُّ والجد والجدَّة، ويحبس الوالد في نفقة ولده، وفي الذخيرة: فكل من أجبر به على النفقة فأبىٰ حبسه أبًا كان أو أخًا أو جدًّا أو جدةً أو زوجًا، لأن في ترك الإنفاق عليهم سعيًا في إهلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف الولد.

قوله: لِسُقُوطِهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، أي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان، أمَّا الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حقِّ هذا الحكم فيفترقان في حقِّ الحبس أيضًا، والله أعلم.

* * *

## بَابُ كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضي

قَالَ: (وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهِ عِنْدَهُ) لِلْحَاجَةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَىٰ خَصْمٍ حَاضِرٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ) لِوُجُودِ الحُجَّةِ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ) وَهُوَ المَدْعُوُّ سِجِلًّا (وَإِنْ

## باب كتاب القاضي إلى القاضي

قوله: وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُقُوقِ، أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة، قيَّد بالحقوق لِمَا في الأعيان المنقولة اختلافٌ، إِذَا شَهِدَ بِهِ، على البناء للمفعول، عِنْدَهُ، أي عند القاضي المكتوب إليه للحاجة علىٰ ما نبين، وهو ما ذكر بعده، وجوازه لِمَساس الحاجة لأنَّ المدعي قد يتعذَّر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا تندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لِمَا أنَّ أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثمَّ يحتاج بعد ذلك إلىٰ معرفة عدالة الأصول ويتعذَّر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلىٰ نقل شهادتِهم بالكتاب، فإن شهدوا علىٰ خصمٍ حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه، قيل: المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلًا لإثبات الحقِّ عليه وإن لم يكن هو وكيلًا عنه في الحقيقة، إذ لو كان المراد بالخصم هو المدَّعىٰ عليه نفسه لَمَا احتيج إلىٰ كتاب القاضي إلىٰ قاضٍ آخر لأنَّ حكم القاضي قد تمَّ، ويحتمل أن يكون الخصم هو المدَّعىٰ عليه وأن يكون مراده بيان أنَّ هذا الكتاب هو المدعو سجلًا لا أنه يكتب إلىٰ قاضٍ آخر، أو كان المدَّعىٰ به مبيعًا فأراد المدَّعىٰ عليه الرجوع علىٰ بائعه وهو في بلدةٍ أخرىٰ فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه

شَهِدُوا بِهِ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الخَصْمِ لَمْ يَحْكُمْ) لِأَنَّ القَضَاءَ عَلَى الغَائِبِ لَا يَجُوزُ (وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ) لِيَحْكُمَ المَكْتُوبُ إلَيْهِ بِهَا وَهٰذَا هُوَ الكِتَابُ الحُكْمِيُّ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الحَقِيقَةِ، وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ نَذْكُرُهَا إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَجَوَازُهُ لِمِسَاسِ الحَاجَةِ لِأَنَّ المُدَّعِيَ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الحُقُوقِ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْمَغْصُوبُ وَالْأَمَانَةُ المَجْحُودَةُ وَالْمُضَارَبَةُ المَجْحُودَةُ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إلَى الإِشَارَةِ، وَيُقْبَلُ فِي العَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ. وَلَا يُقْبَلُ فِي الأَعْيَانِ المَنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إلَى الإِشَارَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي العَبْدِ دُونَ الأَمَةِ لِغَلَبَةِ الإِبَاقِ فِيهِ دُونَهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا

إلىٰ قاضي تلك البلدة، وقوله: فِي الحُقُوقِ، يندرج تحته الدين والنكاح، فإن قيل: الإشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي إلى القاضي فيما يحتاج إلى الإشارة لا يجوز، قيل: الإشارة إلى الخصم شرطٌ وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدعى به إنَّما المدعى شيء آخر فصار النكاح نظير الدين في الذمة والإشارة إلى الغريم شرطٌ ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه، كذا هنا.

قوله: وَالْأَمَانَةُ المَجْحُودَةُ وَالْمُضَارَبَةُ المَجْحُودَةُ، إنَّما قيَّد الأمانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدَّين، إذ لو لم تكن مجحودةً لكان من جملة الأعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها.

بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَعَلَيْهِ المُتَأَخِّرُونَ.

قَالَ: (وَلَا يُقْبَلُ الكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) لِأَنَّ الكِتَابَ يُشْبِهُ الكِتَابَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ وَهٰذَا لِأَنَّهُ مُلْزِمٌ فَلَا

قوله: بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا، وهي أن يقيم المدَّعي البينة أنه كان له عبدٌ فأبق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنِّه وقيمته والدار التي جلب منها، فإذا كتب وختم علىٰ ما يجيء وبعد ورود الكتاب على المكتوب إليه أحضر ذلك القاضي المدَّعىٰ عليه والعبد وفكَّ الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب، فإن وافق حلية العبد ما في الكتاب ختمَ في عنق العبد بالرَّصاص ودفعه إلى المدعي من غير أن يقضى له بالملك وأخذ منه كفيلًا وأمره بأن يذهب به إلى القاضي الكاتب فإذا ذهب به إليه أمره القاضي الكاتب بإعادة البينة علىٰ أنَّ هذا العبد بعينه ملكه، فإذا أعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثمَّ يكتب إلىٰ قاضي تلك البلدة أن يبرئ كفيله، وفي بعض الروايات عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ القاضي لا يقضي بالعبد للمدَّعي، لأنَّ الخصم غائبٌ ولكن يكتب كتابًا آخر إلى القاضي المكتوب إليه ويكتب فيه ما جرىٰ عنده ويشهد شاهدين علىٰ كتابه وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد معه إليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدَّعىٰ عليه، فإذا وصل الكتاب إليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل، وكتاب القاضي إلى القاضي في الجواري كذلك، غير أنَّ القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعي ولكن يبعث بها معه على يدي أمين، لأنه لو دفعها إليه لم يمتنع من وطئها وإن كان أمينًا في نفسه لأنه يزعم أنَّها مملوكته، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون، وقال الشيخ الإمام القاضي المنتسب إلىٰ إسبيجاب: وعليه الفتوىٰ.

بُدَّ مِنَ الحُجَّةِ، بِخِلَافِ كِتَابِ الِاسْتِئْمَانِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزِمٍ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ القَاضِي إِلَى المُزَكِّىٰ وَرَسُولِهِ إِلَى القَاضِي لِأَنَّ الإِلْزَامَ بِالشَّهَادَةِ لَا بِالتَّزْكِيَةِ.

قَالَ: (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ بِدُونِ العِلْمِ (ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ) كَيْ لَا يُتَوَهَّمَ التَّغْيِيرُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الكِتَابِ وَالْخَتْمِ بِحَضْرَتِهِمْ شَرْطٌ، وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي الكِتَابِ عِنْدَهُمَا وَلِهٰذَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابٌ آخَرُ غَيْرُ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ مُعَاوَنَةٌ عَلَىٰ حِفْظِهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذٰلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ أَنْ يُشْهِدَهُمْ أَنَّ هٰذَا كِتَابُهُ وَخَتْمُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا فَسَهَّلَ فِي ذٰلِكَ لَمَّا أُبْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ وَلَيْسَ الخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - قَوْلَ

قوله: بِخِلَافِ كِتَابِ الِاسْتِئْمَانِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزِمٍ، لأنَّ كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزمٍ، فإنَّ الإمام بالخيار إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه فلا يشترط البينة.

قوله: وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ، أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم أنَّهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وهو اختيار الفتوىٰ على قول شمس الأئمة رحمه الله تعالىٰ يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا في النهاية وقال: كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله تعالىٰ.

أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. قَالَ: (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى القَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الخَصْمِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ، بِخِلَافِ سَمَاعِ القَاضِي الكَاتِبَ لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ.

قَالَ: (فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَىٰ خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ القَاضِي سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ فَتَحَهُ القَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الخَصْمِ وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ قَبِلَهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الكِتَابِ ظُهُورُ العَدَالَةِ لِلْفَتْحِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفُضُّ الكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ العَدَالَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ زِيَادَةِ الشُّهُودِ وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ قِيَامِ الخَتْمِ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الكَاتِبُ عَلَى القَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الكِتَابِ لَا

قوله: لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ، وهذا لأنَّ الشهادة في حقِّ الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه إلىٰ حضور الخصم، وفي حقِّ المكتوب إليه للحكم فلا بدَّ من حضور الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة عليه، أو لأنَّ ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فإنَّ القاضي الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أنَّ شاهد الفرع ينقل شهادة الأصل بعبارته ثمَّ لا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضرٍ من الخصم، فكذا هنا.

قوله: رُبَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ، لعدم ظهور عدالة هؤلاء، وإنَّما يمكن إقامتها إذا كان الختم باقيًا.

يَقْبَلُهُ لِأَنَّهُ التَحَقَ بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا، وَلِهٰذَا لَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَكَذَا لَوْ مَاتَ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَىٰ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلْدَةِ كَذَا وَإِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ المُسْلِمِينَ لِأَنَّ غَيْرَهُ صَارَ تَبَعًا لَهُ وَهُوَ مُعَرَّفٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَرَّفٍ، وَلَوْ كَانَ مَاتَ الخَصْمُ يَنْفُذُ الكِتَابُ عَلَىٰ وَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

(وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا.

قوله: حَتَّىٰ لَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ ... قَبْلَ وُصُولِ الكِتَابِ لَا يَقْبَلُهُ، وفي الذخيرة: وإذا مات القاضي الكاتب قبل أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه لا يعمل عندنا، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ في الأمالي، وهو قول الشافعي: يعمل، وكذلك الجواب فيما إذا مات بعد وصول الكتاب إليه قبل القراءة لأنَّ وجوب القضاء على المكتوب إليه إنَّما يكون عند القراءة، فقبل القراءة لم يكن النقل تامًّا فيبطل بالموت، فأمَّا إذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فإنَّ المكتوب إليه يعمل به، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً، أي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا إلىٰ من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين، فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يجوز، توسَّع فيه لمَّا ابتلي بالقضاء، ولهما أنَّ إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط ويحصل الإعلام بهذا، والله تعالىٰ أعلم.

## فَصْلٌ آخَرُ (في جَوَازِ قَضَاء المَرأة)

(وَيَجُوزُ قَضَاءُ المَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا. وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ. (وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى القَضَاءِ إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذٰلِكَ) لِأَنَّهُ قُلِّدَ القَضَاءَ دُونَ التَّقْلِيدِ بِهِ فَصَارَ كَتَوْكِيلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الجُمُعَةِ حَيْثُ يَسْتَخْلِفُ لِأَنَّهُ عَلَىٰ شَرَفِ الفَوَاتِ لِتَوَقُّتِهِ فَكَانَ الأَمْرُ بِهِ إِذْنًا بِالِاسْتِخْلَافِ دَلَالَةً وَلَا كَذٰلِكَ القَضَاءُ. وَلَوْ قَضَى الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِنَ الأَوَّلِ أَوْ قَضَى الثَّانِي

### فصل آخر

قوله: وَيَجُوزُ قَضَاءُ المَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ، وهو ما قال في أوَّل الكتاب: فلأنَّ حكم القضاء يستقىٰ من حكم الشهادة لأنَّ كل واحدٍ منهما من باب الولاية.

قوله: وَلَا كَذٰلِكَ القَضَاءُ، لأنَّ القضاء غير موقت لا يفوتُ بتأخيره عند العذر والجمعة مؤقَّتة تفوت بتأخيرها عند العذر إذا لم يستخلف ومن ولاه لمَّا أمره بذلك مع علمه أنه قد يعترض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد صار راضيًا باستخلافه.

قوله: أَوْ قَضَى الثَّانِي، أي بغيبة الأوَّل فأجاز الأول كما في الوكالة، فإنَّ الوكيل إذا وكل غيره ولم يأذن له الموكل في ذلك فعقد وكيله بحضرته أو بغير حضرته وأجاز الوكيل الأوَّل جاز، لأنَّ المقصود حضورُ رأي الأوَّل وقد وجد، فإن قيل: الإجازة في الانتهاء

فَأَجَازَ الأَوَّلُ جَازَ كَمَا فِي الوَكَالَةِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُ الأَوَّلِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ فَيَصِيرُ الثَّانِي نَائِبًا عَنِ الأَصِيلِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ الأَوَّلُ عَزْلَهُ إِلَّا إِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ العَزْلَ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ

كالإذن في الابتداء وإنه لا يملك الإذن في الابتداء فلِمَاذا يملكه في الانتهاء؟ قلنا: الخليفةُ رضيَ بقضاء حضرة رأي القاضي وقت نفوذه، أمَّا حكم الذي أذِنَ له القاضي في الابتداء قضاءً لم يحضره رأي القاضي وقتَ نفوذه، فلهذا عملت إجازة القاضي في الانتهاء ولم يعمل إذنه في الابتداء، وإذا فوَّض إليه ذلك أي الاستخلاف بأن قال له الخليفة: ولِّ من شئتَ، كان له أن يولي غيره ويصير الثانِي نائبًا عن الأصل أي الخليفة، حتى لا يملك القاضي الأول عزله ولا ينعزل بموته، إلا أن يقول له الخليفة ولِّ من شئتَ واستبدل من شئتَ فحينئذٍ يملك عزله، وإنَّما يكون هكذا لأنَّ الخليفة إنَّما رضي بتصرفه له ديانةً وأمانةً والناس يتفاوتون في ذلك، ولهذا قلنا أنَّ الوكيل لا يملك التوكيل، ولا يلزم علىٰ ما ذكرنا الوصيّ فإنه يملك التفويض إلىٰ غيره توكيلًا وإيصاءً، لأنا نقول: إنَّ أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصيُّ عن الجري علىٰ موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي راضيًا باستعانته من غيره، ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينعزلُ بموت المضارب ولا ينعزل وكيل الوكيل بموت الأول لأنَّ المضارب بمنزلة ربِّ المال من وجهٍ، ولهذا لم يملك رب المال نَهْيه عن التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة عرضًا، ولا كذلك الوكيل الأوَّل.

قوله: إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ، كما إذا قضىٰ قاضٍ بشاهد ويمين فإنه يخالف الكتاب لأنه تعالىٰ قال: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومثل هذا إنَّما يذكر لقصر الحكم عليه ولأنه قال تعالى: ﴿ذَٰلِكُمۡ

أَوِ السُّنَّةَ أَوِ الإِجْمَاعَ بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهَاءُ فَقَضَىٰ بِهِ القَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَىٰ غَيْرَ ذٰلِكَ أَمْضَاهُ) وَالْأَصْلُ أَنَّ القَضَاءَ مَتَىٰ لَاقَىٰ فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيهِ يُنْفِذُهُ وَلَا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي كَاجْتِهَادِ الأَوَّلِ، وَقَدْ يُرَجَّحُ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ دُونَهُ. (وَلَوْ قَضَىٰ فِي المُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالِفًا

﴿أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا مزيد على الأدنى، أَوِ السُّنَّةَ، أي المشهورة منها كالحكم بثبوت الحلِّ بنفس العقد بدون الوطئ فإنه يخالف الحديث المشهور، وهو حديث رفاعة «لا، حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك»، أَوِ الإِجْمَاعَ، كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدًا فإنه مخالفٌ لما اتَّفقوا عليه في الصدر الأول فكان قضاؤه بخلاف الإجماع، وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلافٌ ولا اختلافٌ، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول، فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذُ لأنَّ الخلاف فيه محكي عن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم ذلك، فلا يعتبر خلافه لردِّ الجمهور عليه.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ القَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَىٰ غَيْرَ ذٰلِكَ أَمْضَاهُ، وفائدة رواية الجامع الصغير أنَّ الذي قضى به القاضي مختلفٌ فيه بين الفقهاء، والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك أمضاه، ولم تكن هذه الفائدة في رواية القدوري فلهذا جمع بين الروايتين، هذا دأبه في أمثاله.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ القَضَاءَ مَتَىٰ لَاقَىٰ فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيهِ يُنْفِذُهُ وَلَا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، فقد صحَّ عن عُمر رضي الله تعالىٰ عنه أنه لمَّا كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء رضي الله تعالى عنه فاختصم إليه رجلان في شيءٍ فقضىٰ لأحدهما ثمَّ لقيَ عُمر رضي الله تعالىٰ عنه

لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ) وَوَجْهُ النَّفَاذِ أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطَأٍ بِيَقِينٍ، وَعِنْدَهُمَا لَا يَنْفُذُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ قَضَىٰ بِمَا هُوَ خَطَأٌ عِنْدَهُ وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ، ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا. وَالْمُرَادُ بِالسُّنَّةِ المَشْهُورَةِ مِنْهَا وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ وَذٰلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ

المقضى عليه فسأله عن حاله فقال: قضىٰ عليَّ، فقال: لو كنتُ مكانه لقضيت لك، فقال المقضىٰ عليه وما يمنعك من القضاء؟ فقال عمر: ليس هنا نصٌّ والرأي مشترك، ورُوي عن عمر رضي الله تعالىٰ عنه أنه قضىٰ في حادثة بقضية ثم قضىٰ فيها بخلاف ذلك، فقيل له في ذلك فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضي، ولأنَّ الاجتهاد الثانِي كالأول والأوَّل تأيَّد باتصال القضاء الأول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيَّد به لأنه دونه، والقضاء حقُّ الشرع فيجب صيانته، ومن صيانته أن لا ينتقض ولا يعترض عليه، فلو قضىٰ في المجتهد فيه مخالفًا لرأيه ناسيًا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإن كان عامدًا ففيه روايتان، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين، ووجه عدم النفاذ أنه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه، وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضىٰ بما هو خطأ عنده، وعليه الفتوىٰ، وفي الصغرٰى: إذا قضىٰ في محل الإجتهاد وهو لا يرىٰ ذلك بل يرىٰ خلافه ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعليه الفتوى، وفي الفصول محالًا إلى المحيط والذخيرة: وإذا قضىٰ في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه، وعامتهم علىٰ أنه لا يجوز وإنَّما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدًا فيه، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: هذا هو ظاهر المذهب.

قوله: وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ وَذٰلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ، يقال جمهور الناس أي جلُّهم وأكثرهم، يعني أنَّ الإجماع ينعقدُ باجتماع أكثر

وَالْمُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ.

أهل الإجماع علىٰ حكمٍ وإن كان الأقلّ منهم يخالفهم لأنَّ العبرة للأكثر، هذا بظاهره يخالفُ ما ذكره في نُسخ أصول الفقه أنَّ الإجماع لا ينعقدُ بمخالفة البعض وإن كان المخالفُ واحدًا، حتى أنَّهم اختلفوا في إجماعٍ سبقهم فيه مخالفٌ، قال بعضهم: هذا لا يكون إجماعًا لأنَّ ذلك المخالف لو كان حيًّا للحال لم ينعقد إجماع من سواه إجماعًا، فكذلك إذا كان ميتًا لأنَّ اعتبار قوله لدليله لا بحياته وبموته لا يبطل دليله، كذا في التقويم وغيره، وهذا نصٌّ منهم علىٰ أنَّ الإجماع لا ينعقد إذا كان المخالف حيًّا وإن كان واحدًا، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في أصول الفقه: وكان الكرخي رحمه الله تعالىٰ يقول: شرط الإجماع أن يجتمع علماء العصر علىٰ حكمٍ، فأمَّا إذا اجتمعَ أكثرهم علىٰ شيءٍ وخالفهم واحدٌ أو اثنان لم يثبت حكم الإجماع، وهذا قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ أيضًا لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قال: «أصحابي كالنجوم بأيِّهم اقتديتم اهتديتم»، قلنا: فلا بدَّ من التوفيق بين المذكور في نُسخ أصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور هنا، ووجهه أنَّ المذكور في تلك النسخ فيما سوَّغوا للمخالف الاجتهاد ولم ينكروا عليه، والمذكور هنا فيما لم يسوِّغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه، ويؤيِّد ذلك ما قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في أصول الفقه: والأصحُّ عندي ما أشار إليه أبو بكر الرازي رحمه الله تعالىٰ أنَّ الواحد إذا خالف الجماعة فإن سوَّغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الإجماع بدون قوله، بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين، بأنَّ للأمِّ ثُلث جميع المال، وإن لم يسوِّغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فإنه يثبت حكم الإجماع بدون قوله، بمنزلة قول ابن عباس في حلِّ التفاضل في أموال الربا فإنَّ الصحابة لم يسوِّغوا له هذا الاجتهاد حتى رُوِي أنه رجع إلىٰ قولهم وكان الإجماع ثابتًا بدون قوله.

قوله: وَالْمُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، فقال في الذخيرة: إنَّما اعتبر الخصاف

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ فَهُوَ فِي البَاطِنِ

رحمه الله تعالىٰ الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي، والعبرةُ لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدًا فيه، وفي المنتقى: يشير إلىٰ أنَّ العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف، ألا ترىٰ أنَّ القاضي لو قضىٰ بإبطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لأنه قضاءٌ في فصل مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل، لأنَّ اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه، وكذلك لو قضىٰ في حدٍّ أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثمَّ رفع إلىٰ قاض آخر يرىٰ خلاف رأيه فإنه ينفذ قضاؤه ولا يبطله، وليس طريق نفاذ قضاء الأول في هذه الصورة حصوله في محلٍّ مختلفٍ فيه لأنه لم يبلغنا الاختلاف فيه، وإنَّما طريقه أنَّ القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لأنَّ المرأة من أهل الشهادة وظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] يدلُّ علىٰ قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقًا نظرًا إلى اللفظ وإنه وإن وَرَد في باب المداينة إلا أنَّ العبرة عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولم يرد نصٌّ قاطعٌ في إبطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة، ولو قضىٰ بجواز نكاحٍ بغير الشهود نفذ قضاؤه لأنَّ المسئلة مختلف فيها، فمالكٌ وعثمان البستيُّ كانا يشترطان الإعلان لا الشهادة، حتى لو حَصَل الإعلان بحضور الصبيان والمجانين يصحُّ النكاح وقد اعتبر نكاحهما لأنَّ الموضع موضع اشتباه الدليل، لأنَّ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة.

قوله: وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فمن صور التحريم ما إذا ادَّعت المرأة علىٰ زوجها أنه طلَّقها ثلاثًا وأقامت علىٰ ذلك شهود زورٍ وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوَّجت بزوج آخر بعد انقضاء العدَّة فعلىٰ قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول رحمهما الله تعالىٰ

كَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَكَذَا إِذَا قَضَىٰ بِإِحْلَالٍ، وَهٰذَا

لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهرًا وباطنًا، ويحل للزوج الثانِي وطئها ظاهرًا وباطنًا، علم بحقيقة الحال أنَّ الزوج الأول لم يطلقها بأن كان الزوج الثانِي أحد الشاهدين، أو لم يعلم بحقيقة الحال بأن كان الزوج الثانِي أجنبيًّا، وأمَّا علىٰ قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله تعالىٰ لا يحل للثانِي وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال، لأنَّ الفرقة عندهما لم تقع باطنًا، وإن لم يعلم بحقيقة الحال يحلُّ له وطئها، وهل يحلُّ للأول وطئها علىٰ قول أبي يوسف الآخر؟ قيل لا مع أنه لم تقع الفرقة عنده باطنًا لأنه لو فعلَ ذلك كان زانيًا عند الناس فيحدُّونه، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ أنَّ علىٰ قول أبي يوسف الآخر يحلُّ للأول وطئها سرًّا، وعلىٰ قول محمد يحل للأول وطئها ما لم يدخل بِها الثانِي، فإذا دخل بِها الثانِي الآن لا يحلُّ للأول وطئها سواءٌ كان الثانِي يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم.

ومن صور الإحلال: رجل ادَّعى على امرأة نكاحًا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زورٍ وقضى القاضي بالنكاح بينهما حلَّ للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ في قوله الأول، وعند محمد وأبي يوسف في قوله الآخر لا يحلُّ لهما ذلك، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ، ويعني بالنفاذ ظاهرًا أن يسلم المرأة إلى الرجل ويقول: سلمي نفسك إليه فإنه زوجك، وبالنفاذ باطنًا أن يحلَّ له وطئها ويحلُّ لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالىٰ لهم أنَّ شهادة الزور حجة ظاهرًا لا باطنًا فينفذ القضاء بِها ظاهرًا لا باطنًا، لأنَّ القضاء إنَّما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنًا فكيف ينفذ باطنًا؟ فصار كما لو كان الشهود كفارًا أو عبيدًا أو محدودين في قذفٍ والمشهود له يعلم حالهم والقاضي لا يعلم فإنَّ قضاءه ينفذ ظاهرًا لا باطنًا، وكما لو قضىٰ بنكاح منكوحة الغير أو معتدَّة الغير بشهود الزور فإنه ينفذ ظاهرًا لا باطنًا إجماعًا، وله أنَّ القضاء إظهارٌ لعقدٍ سابقٍ ولا بدَّ من عقدٍ سابقٍ فيها وإلَّا تقدَّم العقد اقتضاءً ضرورة

إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ القَاضِي فِي العُقُودِ وَالْفُسُوخِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَقَدْ مَرَّتْ فِي النِّكَاحِ.

صحة الإظهار لتنقطع المنازعة بينهما من كل وجهٍ، إذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنًا يكون هذا تمهيدًا للمنازعة بينهما لا قطعًا، فإن قيل: لو كان قضاؤه متضمِّنًا لإنشاء العقد سابقًا فليشترط الشهود عند قوله: قضيتُ، قلنا: قد قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ وغيره أنه لا ينفذ باطنًا عنده بقوله: قضيتُ، إلا بمحضر الشهود، وقيل: يصح النكاح بغير محضر منهم، لأنه إنَّما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه، كالبيع في قوله اعتق عبدك عني علىٰ ألفٍ، بخلاف ما إذا كان الشهود كفارًا أو عبيدًا أو محدودين في قذف لأنَّ الوقوف علىٰ هذه الأشياء ممكنٌ فلم تصر شهادة هؤلاء حجةً من كل وجهٍ فاعتبر حجةً ظاهرًا، والوقوف علىٰ حقيقة الصدق متعذَّر فبني الأمر علىٰ كون الشهود صدقةً عنده.

قوله: إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ، بأن ادَّعىٰ جاريةً بسبب الشراء من رجل أو ادَّعىٰ على امرأة نكاحًا، أمَّا إذا ادَّعىٰ ملكًا مطلقًا بأن ادَّعىٰ جاريةً بأنَّها ملكه ولم يذكر السبب وأقام على ذلك بينة وقضىٰ له بِها لا يحلُّ له وطئها بالإجماع، لأنَّ الملك لا بد له من سببٍ وليس بعض الأسباب أوْلىٰ من البعض لتزاحمها، إذ الملك يثبت تارةً بالشراء وأخرىٰ بالإرث وغيره فلا يمكن إثبات السبب سابقًا على القضاء بطريق الاقتضاء وإثبات الملك مطلقًا بلا سببٍ ليس في وسع العباد، وفي النكاح أو الشراء يقدم النكاح أو الشراء اقتضاءً تصحيحًا للقضاء وللقاضي ولاية علىٰ أن يملكه بذلك السب في الجملة فينفذ قضاؤه باطنًا، وفي الهبة والصدقة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفيما إذا ادَّعىٰ شراء الجارية بأقلَّ من قيمتها بغبنٍ فاحشٍ قال بعضهم لا ينفذ باطنًا لأنَّ فيه تبرُّعًا بمقدار الغبن، وقال بعضهم ينفذ باطنًا عنده كما في سائر المبادلات.

قَالَ: (وَلَا يَقْضِي القَاضِي عَلَىٰ غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَجُوزُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ وَهِيَ البَيِّنَةُ فَظَهَرَ الحَقُّ. وَلَنَا أَنَّ العَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ المُنَازَعَةِ، وَلَا مُنَازَعَةَ دُونَ الإِنْكَارِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ مِنَ الخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهُ القَضَاءِ لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، وَلَوْ أَنْكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذٰلِكَ لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الإِنْكَارِ وَقْتَ القَضَاءِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ نَائِبًا بِإِنَابَتِهِ كَالْوَكِيلِ أَوْ بِإِنَابَةِ

قوله: وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ مِنَ الخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهُ القَضَاءِ، فإن قيل: لو حضر الخصمُ ولم ينكر وسكتَ سمعتُ عليه البينة مع أنَّ سكوته محتمل للإقرار، قلنا: لأنَّ القاضي يجعل سكوته عن اليمين إقرارًا أو بذلًا للحقِّ.

قوله: لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، أي أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار وأحكام القضاء مع الإقرار، فإنَّ حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافةً وعلى الأصيل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالإقرار بخلافه، بيانه رجلٌ اشترىٰ جاريةً فولدت عنده فاستحقها رجلٌ بالبينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقرَّ بها لم يأخذ ولدها، لأنَّ البينة حجةٌ مطلقةٌ كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعًا من جاريةٍ مملوكةٍ للمستحقِّ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجةٌ قاصرةٌ لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض.

قوله: وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، أي قوله: في أول المسئلة، إلا أن يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه أن يكون بإنابته كوكيله، أو بإنابة الشرع كالوصيِّ من جهة القاضي، وفي المسخَّر من جهة القاضي اختلاف الروايتين، وفي الذخيرة: إذا نصب القاضي مسخَّرًا عن

الشَّرْعِ كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ القَاضِي، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الحَاضِرِ وَهٰذَا فِي غَيْرِ صُورَةِ

الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخَّر من جهة القاضي أن ينصب القاضي وكيلًا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه.

قوله: **حُكْمًا** - أي من يقوم مقامه من حيث الحكم - **بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الحَاضِرِ**، أي سببًا لا محالةَ، كما إذا ادَّعىٰ دارًا في يد رجل أنَّها داره اشتَراها من فلان الغائب وهو يملكها وأنكر ذو اليد وقال: الدَّار داري، وأقام المدَّعي بينةً علىٰ دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاءً على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لأنَّ ما يدَّعي على الغائب وهو الشراء منه سببٌ لثبوت ما يدَّعي على الحاضر، لأنَّ الشراء من المالك سببٌ له لا محالةَ، وكما إذا ادَّعىٰ على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه وأقرَّ المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحقَّ فأقام المدَّعى عليه البينةَ أنه ذاب له علىٰ فلان ألف درهم فإنه يقضىٰ بِها في حقِّ الكفيل الحاضر وفي حقِّ الغائب جميعًا، حتَّىٰ لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلىٰ إنكاره، وكما إذا ادَّعى الشفعة في دار إنسانٍ وقال ذو اليد الدَّار داري ما اشتَريتها من أحدٍ فأقام المدَّعي البينة أنَّ ذا اليد اشترىٰ هذه الدار من فلان بألف درهم وهو يملكها وأنه شفيعها يقضىٰ بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعًا، أمَّا إذا لم يكن سببًا لا محالةَ لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، كما إذا قال لامرأة رجلٍ غائبٍ: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة إنه كان طلقني ثلاثًا وأقامت علىٰ ذلك بينةً قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حقِّ إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلىٰ إعادة البينة لأنَّ المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسببٍ لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لا محالةَ، فإنَّ الطلاق متىٰ تحقَّق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا

فِي الكُتُبِ، أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ وَقَدْ عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الجَامِعِ.

قَالَ: (وَيُقْرِضُ القَاضِي أَمْوَالَ اليَتَامَىٰ وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الحَقِّ) لِأَنَّ فِي

بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلًا بالحمل قبل الطلاق فكان المدَّعىٰ على الغائب سببًا لثبوت المدَّعى على الحاضر من وجهٍ دون وجهٍ، فقلنا أنه يقضىٰ بقصر يد الوكيل ولا يقضىٰ بالطلاق والعتاق عملًا بهما.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ، هذا قول عامة المشايخ، فأمَّا علىٰ قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام علي البزدوي وشمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمهما الله تعالىٰ فللشرط اعتبار أيضًا، كما للسبب، لأنَّ دعوى المدَّعي كما تتوقَّف على السبب تتوقف على الشرط أيضًا، وصورته رجلٌ قال لامرأته إن طلَّق فلان امرأته فأنتِ طالقٌ، ثمَّ إنَّ امرأة الحالف ادَّعت على الحالف أنَّ فلانًا طلق امرأته وفلان غائبٌ وأقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد افتىٰ بعض المتأخرين بقبول هذه البينة، هذا إذا كان شرطًا يتضرَّر به الغائب، أمَّا إذا كان شرطًا لا يتضمَّن ضررًا، كما لو قال لامرأته إن دخل فلان الدَّار فأنتِ طالقٌ ثمَّ إنَّ المرأة أقامت البينة أنَّ فلانًا دخل الدار وفلان غائبٌ تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها.

قوله: وَيُقْرِضُ القَاضِي أَمْوَالَ اليَتَامَىٰ وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الحَقِّ، وإن أقرض الوصيُّ ضمن، والفرق أنَّ القرض تبَرعٌ ابتداءً معاوضةٌ انتهاءً لِمَا أنه قطع الملك عن العين ببدلٍ في ذمة المفلس لأنَّ الاستقراض في العادات ممَّن هو مفلسٌ، ولهذا حلَّ محل الصدقة وزادَ عليها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضةً في حقِّ القاضي، لأنَّ البدل مأمون التَّوىٰ باعتبار علم القاضي ولتمكنه من الاسترداد متىٰ شاء لِمَا له من الولاية، وتبرُّعًا في حق

الإِقْرَاضِ مَصْلَحَتَهُمْ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ مَحْفُوظَةً مَضْمُونَةً، وَالْقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ وَالْكِتَابَةِ لِيَحْفَظَهُ (وَإِنْ أَقْرَضَ الوَصِيُّ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ، وَالْأَبُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِعَجْزِهِ عَنِ الِاسْتِخْرَاجِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

الوصي أو الأب في أصحِّ الروايتين، لأنه لا يتمكَّن من الاسترداد فرُبَّما جحد المستقرض ولا يجد شهودًا يوافقونه علىٰ أداء الشهادة، ولو وجد فما كل بينةٍ تعدلُ ولا كلِّ قاضٍ يعدلُ، وفي الجثو بين يدي القاضي ذلٌّ وصغار فكان إضرارًا بِهم فلهذا لا يملكانه، وكذا يملك إقراض مال الغائب والأب بمنزلة القاضي في روايةٍ لأنَّ ولاية الأب تعمُّ المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممَّن يأمن جحوده، وإن أخذه الأب قرضًا لنفسه قالوا يجوز، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه، ثمَّ فرع عليه الخصَّاف في أدب القاضي فقال: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم لو اختلَّ أحد منهم أخذ المال من يده، لأنَّ القاضي وإن كان له استرداد المال شرعًا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر، ألا ترىٰ أنه لو كان المستقرض معسرًا في الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس أيضًا.

## بَابُ التَّحْكِيمِ

(وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ) لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةً عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا، وَهٰذَا إِذَا كَانَ المُحَكَّمُ بِصِفَةِ الحَاكِمِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ القَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ القَضَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ وَالْمَحْدُودِ فِي القَذْفِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ القَضَاءِ اعْتِبَارًا بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَالْفَاسِقُ إِذَا حَكَمَ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا كَمَا مَرَّ فِي المُوَلَّىٰ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِنْ

## باب التحكيم

قوله: وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: ٣٥] والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة، والصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم كانوا مجمعين علىٰ جواز التحكيم.

قوله: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ، فإن قيل: التحكيم ثبتَ باتفاقهما فينبغي أن لا يصحَّ الإخراج إلا باتفاقهما، قلنا: إذا لم يرض أحدهما بِهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداءً بلا رضاه.

جِهَتِهِمَا فَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا (وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لِصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وِلَايَةٍ عَلَيْهِمَا (وَإِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَى القَاضِي فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَىٰ ذٰلِكَ الوَجْهِ (وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ) لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَلْزَمُهُ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ. (وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَىٰ دَمِهِمَا وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكَانِ الإِبَاحَةَ فَلَا يُسْتَبَاحُ بِرِضَاهُمَا قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَىٰ جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ المُجْتَهَدَاتِ كَالطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ وَغَيْرِهِمَا، وَهُوَ صَحِيحٌ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَىٰ بِهِ، وَيُقَالُ يُحْتَاجُ إِلَىٰ حُكْمِ المُوَلَّىٰ دَفْعًا لِتَجَاسُرِ العَوَامِّ وَإِنْ حَكَّمَاهُ فِي دَمِ خَطَإٍ فَقَضَىٰ

قوله: وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ، لأنَّ لهما ولايةً علىٰ أنفسهما وليس لهما ولايةٌ على القاضي، وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفعا إليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم.

قوله: وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، لأنَّ حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما، وفي الذخيرة: ويجوز التحكيم في القصاص، هكذا ذكر في صلح الأصل، وفي كتاب الأقضية: لأنَّ القصاص من حقوق العباد فهما يملكان الاستيفاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلىٰ غيرهما قياسًا علىٰ سائر حقوق العباد، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه أنه لا يجوز.

قوله: وَتَخْصِيصُ الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَىٰ جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ المُجْتَهَدَاتِ، نحو الكنايات فإنَّها رواجع والطلاق المضاف وهو الصحيح، إلا أنه لا يفتىٰ به ويقال

بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لَا تَحْكِيمَ مِنْ جِهَتِهِمْ. وَلَوْ حَكَمَ عَلَى القَاتِلِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ رَدَّهُ القَاضِي وَيَقْضِي بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِرَأْيِهِ وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ أَيْضًا إِلَّا إِذَا ثَبَتَ القَتْلُ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّ العَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ البَيِّنَةَ وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ وَكَذَا بِالْإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ أَوْ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَىٰ تَحْكِيمِهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الوِلَايَةَ قَائِمَةٌ وَلَوْ أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْقِضَاءِ الوِلَايَةِ كَقَوْلِ المُوَلَّىٰ بَعْدَ العَزْلِ.

(وَحُكْمُ الحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ بَاطِلٌ وَالْمُوَلَّىٰ وَالْمُحَكَّمُ فِيهِ

يحتاج إلىٰ حكم المولىٰ دفعًا لتجاسر العوام.

قوله: وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ، وهو حديث حمل بن مالك أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قال للأولياء: «قوموا فدوه».

قوله: وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ، يعني لو قال المحكم بينهما لأحدهما قد أقررتُ عندي لهذا بكذا وكذا، أو قامت عندي عليك بينةٌ لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك وحكمتُ به لهذا عليك وأنكر المقضىٰ عليه أن يكون أقرَّ عنده بشيءٍ أو قامت البينة عليه بشيءٍ لم يلتفت إلىٰ قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لأنَّ المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الإقرار كالقاضي المولى إذا قال في حال قضائه لإنسانٍ قضيتُ عليك لهذا بإقرارك أو ببينةٍ قامت عندي علىٰ ذلك فإنه يصدق في ذلك ولا يلتفت إلىٰ إنكار المقضى عليه فكذا هنا، إلا أن يخرجه من الحكم أو يعزله عنه قبل أن يقول قد

سَوَاءٌ) وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِهٰؤُلَاءِ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ فَكَذٰلِكَ لَا يَصِحُّ القَضَاءُ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ فَكَذَا القَضَاءُ، وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ لَا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

حكمتُ عليك ثمَّ قال المحكم بعد ذلك لم يصدَّق.

* * *

## مَسَائِلُ شَتَّىٰ مِنْ كِتَابِ القَضَاءِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ وَسُفْلٌ لِآخَرَ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) مَعْنَاهُ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ العُلْوِ (وَقَالَا: يَصْنَعُ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعُلْوِ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ العُلْوِ أَنْ يَبْنِيَ عَلَىٰ عُلْوِهِ. قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلَا خِلَافَ. وَقِيلَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا الإِبَاحَةُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَالْمِلْكُ يَقْتَضِي الإِطْلَاقَ وَالْحُرْمَةُ بِعَارِضِ الضَّرَرِ فَإِذَا أُشْكِلَ لَمْ يَجُزِ المَنْعُ وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ الحَظْرُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ لِلْغَيْرِ كَحَقِّ المُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ

## مسائل شتَّىٰ من كتاب القضاء

قوله: أَنْ يَبْنِيَ عَلَىٰ عُلْوِهِ، يعني زيادةً علىٰ ما كان.

قوله: قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، يعنى أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالى إنَّما منع صاحب السفل عن أن يتد فيه وتدًا وأن ينقب فيه كوةً لأنَّ صاحب العلو متضرِّر به، ولو لم يتضرَّر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكلِّ واحد منهما فيما لا يتضرَّر به الآخر فصلًا مجمعًا عليه.

قوله: تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ، أي تعلَّق بالسفل حقُّ صاحب العلو وهو حقُّ البناء فيكون المانع راجحًا، وهذا لأنَّ بالمنع تفوت المنفعة دون العين، وبالإطلاق يفوت حقٌّ

وَالْإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ فَإِذَا أُشْكِلَ لَا يَزُولُ المَنْعُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ نَوْعِ ضَرَرٍ بِالْعُلْوِ مِنْ تَوْهِينِ بِنَاءٍ أَوْ نَقْضِهِ فَيُمْنَعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةً مُسْتَطِيلَةً تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الأُولَىٰ أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِغَةِ القُصْوَىٰ) لِأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي المُرُورِ إِذْ هُوَ لِأَهْلِهَا خُصُوصًا حَتَّىٰ لَا يَكُونَ لِأَهْلِ الأُولَىٰ فِيمَا بِيعَ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ لِأَنَّ المُرُورَ فِيهَا حَقُّ العَامَّةِ. قِيلَ المَنْعُ مِنَ المُرُورِ لَا مِنْ فَتْحِ البَابِ لِأَنَّهُ

صاحب العلو في العين والمنفعة جميعًا، فكان ضرر الإطلاق راجحًا.

قوله: عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ نَوْعِ ضَرَرٍ بِالْعُلْوِ، إشارة إلىٰ أنَّ القياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فوجب منعه.

قوله: وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةً مُسْتَطِيلَةً تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ، أي الزائغة الثانية المنشعبة، ولا فرق في الأولىٰ بين أن تكون نافذةً أو غير نافذة في أن لا حقَّ لأهلها في المنشعبة، بخلاف ما إذا كانت المنشعبة نافذةً لأنَّ المرور فيها حقُّ العامة فلأهل الأولىٰ فتح الباب فيها، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: سكة طويلة غير نافذة في أسفلها من جانب اليمين أو الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليسَ لأحد من أهل السكة أن يفتح بابًا علىٰ جدارٍ له من الزقيقة لأنه لا حقَّ له فيها.

قوله: وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الحَقَّ فِي القُصْوَىٰ بِتَرْكِيبِ البَابِ، لأنه إذا فعل ذلك وتقادم العهدُ رُبَّما يدَّعي الشركة في الطريق في تلك الزائغة، ويستدلُّ علىٰ ذلك بالباب المركَّب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه.

رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْفَتْحِ لِأَنَّ بَعْدَ الْفَتْحِ لَا يُمْكِنُهُ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ. وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الْحَقَّ فِي الْقُصْوَىٰ بِتَرْكِيبِ الْبَابِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا فَلَهُمْ أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا) بَابًا لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّ الْمُرُورِ فِي كُلِّهَا إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَلِهٰذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ مِنْهَا.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ فِي دَارٍ دَعْوَىٰ وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا فَهُوَ جَائِزٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الإِنْكَارِ) وَسَنَذْكُرُهَا فِي

قوله: وَمَنِ ادَّعَىٰ فِي دَارٍ دَعْوَىٰ وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا فَهُوَ جَائِزٌ، ذكر في بعض شروح الجامع الصغير: إنَّما يصحُّ الصلح إذا كان المدَّعىٰ معلومًا بأن ادَّعىٰ مثلًا ثلثًا أو رُبعًا ونحو ذلك، فأمَّا إذا ادَّعىٰ دعوًى ولم يبيِّن أنَّ المدعى ثلث أو ربع أو نحو ذلك لا يصحُّ الصلح، لأنَّ الصلح إنَّما يصحُّ لافتداء اليمين والافتداء إنَّما يكون إذا توجَّهت اليمين واليمين إنَّما تتوجَّه إذا صحت الدعوى، فإذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداءً، فإن ادَّعىٰ حقًّا فيها فإنَّما يصح الصلح إذا ادَّعى إقرار صاحب اليد بالحقِّ فيها حتى تصح الدعوىٰ، هكذا قيل، ألا ترىٰ أنه لو ادَّعىٰ على إنسانٍ شيئًا لا تصحُّ الدعوى، ولو ادَّعىٰ عليه أنه أقرَّ له بشيءٍ تصح الدعوى لجهالة المدَّعىٰ في الأول دون الثاني، وقال بعضهم: يصحُّ الصلح وإن لم يبيِّن مقدار ما يدَّعي، لأنَّ الصلح إنَّما يصحُّ لدفع الشغب وقطع الخصومة، وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لأنَّ الدعوى وإن كانت فاسدةً فالمدَّعي يمكنه إزالة الفساد بإعلام المدَّعى فيتحقَّق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح، ولهذا لو ادَّعىٰ رجل نكاحًا على امرأةٍ وهي تنكر فصالحته علىٰ مالٍ جاز بالاتفاق وإن لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

الصُّلْحِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، وَالْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَىٰ مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ فَلَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتِ كَذَا فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ فَقَالَ جَحَدَنِي الهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ وَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الهِبَةَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِظُهُورِ التَّنَاقُضِ

قوله: وَمَنِ ادَّعَىٰ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتِ كَذَا فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ فَقَالَ جَحَدَنِي الهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ وَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الهِبَةَ لَا تُقْبَلُ، لظهور التَّناقض إذ هو يدَّ عي الشراء بعد الهبة، لأنه قال جحدنِي الهبة فاشتريتُها منه والفاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله، هذا هو التَّناقض بين الدَّعوى والشهادة، ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق يريدُ به لو ادَّعى الشراء بعد ما ادَّعى الهبة وشهدوا له بالشراء بعد الهبة تقبل لوضوح التوفيق، لأنه يمكنه أن يقول وهب منذ شهرٍ ثم جحدنِي الهبة فاشتريتُها منه منذ أسبوعٍ، وهذه المسئلة تدلُّ علىٰ أنَّ التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق، أمَّا إذا أمكن فلا، كذا ذكر في الأقضية، وذكر في روايةٍ: أنَّ التوفيق من المدعي شرطٌ، وفي المحيط: قيل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدَّعي قياسٌ، وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسانٌ، ولو كان ادَّعى الهبة ثمَّ أقام البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدنِي الهبة فاشتريتُها لم تقبل أيضًا، لأنه وإن كانت الشهادة موافقةً للدعوى إلا أنه متناقضٌ في الدَّعوىٰ، لأنَّ دعواه الهبة منه في وقتٍ يكون إقرارًا بأنَّها كانت مملوكةً له في ذلك الوقت ثمَّ دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعًا عن ذلك الإقرار، وبالرجوع عن الإقرار لا يتمكَّن من إثبات الدار بالبينة، وأمَّا دعواه الشراء بعد ذلك يقرر

إذْ هُوَ يَدَّعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ وَهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهَا، وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهَا تُقْبَلُ لِوُضُوحِ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ كَانَ ادَّعَى الهِبَةَ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَهَا وَلَمْ يَقُلْ جَحَدَنِي الهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا، ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ لِأَنَّ دَعْوَى الهِبَةِ إقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْوَاهِبِ عِنْدَهَا، وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعٌ عَنْهُ فَعُدَّ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَا إذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ لِأَنَّهُ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عِنْدَهَا. (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرَيْتَ مِنِّي هٰذِهِ الجَارِيَةَ فَأَنْكَرَ الآخَرُ إنْ أَجْمَعَ البَائِعُ عَلَىٰ تَرْكِ الخُصُومَةِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا) لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَمَّا جَحَدَهُ كَانَ فَسْخًا مِنْ جِهَتِهِ، إذِ الفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ كَمَا إذَا تَجَاحَدَا فَإِذَا عَزَمَ البَائِعُ عَلَىٰ تَرْكِ الخُصُومَةِ تَمَّ الفَسْخُ، وَبِمُجَرَّدِ العَزْمِ وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الفَسْخُ فَقَدِ اقْتَرَنَ بِالْفِعْلِ وَهُوَ إمْسَاكُ الجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا وَمَا يُضَاهِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِي فَاتَ رِضَا

إقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكَّن من إثباته بالبينة، فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل بينته في هذا الوجه أيضًا لأنه ادَّعىٰ شراءً باطلًا لأنه ادَّعىٰ شراء ما ملكه بالهبة، قلنا: إذا جحد الهبَة فقد فسخها إذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخٌ له، بخلاف النكاح لأنه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدَّعىٰ عليه وتوقَّف الفسخ في حق الآخر علىٰ رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتمَّ الفسخ فيما بينهما بتَراضيهما، فإذا اشترىٰ منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصحَّ.

قوله: وَبِمُجَرَّدِ العَزْمِ وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الفَسْخُ، إلىٰ آخره، جوابُ شبهةٍ وهيَ أن يقال: كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيءٍ من العقود لا يثبت بمجرَّد

البَائِعِ فَيَسْتَبِدُّ بِفَسْخِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْ فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ ادَّعَىٰ أَنَّهَا زُيُوفٌ صُدِّقَ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ اقْتَضَىٰ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ القَبْضِ أَيْضًا. وَوَجْهُهُ

العزم، ألا ترىٰ أنَّ من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه علىٰ فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرَّد عزمه، فأجاب أنَّ العزم قد اقترَن بفعله وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه كالاستخدام، ألا ترىٰ أنَّ من قال لآخر: آجرتكَ هذه الدابة يومًا بكذا لتَركبها إلىٰ مكان كذا، فأخذها المستأجر وذهب بِها أو ركبها أنَّ ذلك يكون قبولًا كذا هنا، وذكر في المحيط: وتفسير العزم علىٰ ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقيل: أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفىٰ بمجرَّد النية.

قوله: فَيَسْتَبِدُّ بِفَسْخِهِ، وفي الفوائد: هذا فسخ من الأصل لكونه مضطرًّا إلىٰ هذا الفسخ، ويبتنىٰ عليه مسئلةٌ ذكرها في بيوع الجامع وهيَ أنَّ الرجل لو اشترىٰ من رجلٍ عبدًا بألف درهمٍ وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيعَ فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولم يكن له بينةٌ فعزم المشتري الأول علىٰ ترك الخصومة ثمَّ وجد به عيبًا كان عند البائع الأوَّل فأراد ردَّه عليه فاحتجَّ عليه البائع بدعواه البيع على الثانِي فالقاضي يرده عليه، وهذا إذا عزم المشتري الأول علىٰ ترك الخصومة بعد تحليف الثانِي، أمَّا إذا عزم علىٰ ذلك قبل تحليفه فليسَ له أن يخاصم بائعه في الردِّ بالعيب لأنه غير مضطرٌّ في فسخ البيع الثانِي لجواز أنه متىٰ حلفه نكل فاعتبر بيعًا جديدًا في حقِّ الثالث، بخلاف النكاح فإنَّ الزوج إذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة علىٰ ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوَّج بزوجٍ آخر، لأنَّ النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر الأسباب فكذا بِهذا السبب، بخلاف البيع.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْ فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ ادَّعَىٰ أَنَّهَا زُيُوفٌ صُدِّقَ، أي

أَنَّ الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيبَةٌ، وَلِهٰذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ، وَالْقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالْجِيَادِ فَيُصَدَّقُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوِ الثَّمَنَ أَوِ اسْتَوْفَىٰ لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الجِيَادِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً فَلَا يُصَدَّقُ وَالنَّبَهْرَجَةُ كَالزُّيُوفِ وَفِي السَّتُّوقَةِ لَا يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّىٰ لَوْ

وصل أم فصل، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي نسخ الجامع الصغير، اقْتَضَىٰ، مكان قبض.

قوله: وَلِهٰذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ، وإنَّما عينهما لأن استبدال شيءٍ بمقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصةً، ولو لم تكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدالًا بجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذٍ، كما يبطل عند قبض الستوقة، والزيف ما زيَّفه بيت المال أي ردَّه، وفي المغرب: زافت عليه دراهمه أي صارت مردودةً عليه لغشٍّ فيها، وقد زيفت إذا ردَّت، وقيل: هي دون النبهرج في الرداءة لأن الزيف ما يرده بيت المال، والنبهرج ما يرده التجار، النبهرج الدرهم الذي فِضَّته رديئةٌ، وقيل الذي الغلبة فيه للفضَّة، وقيل استعير لكل رديء باطل، ومنه نبهرج دمه أي أبطل، الستوق بالفتح أردأ من النبهرج، وعن الكرخي: الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب، وفي المبسوط: الستوقة كالفلوس فإنه صفرٌ مموه من الجانبين وهو معرب «سه طاقه» أي الطاق الأعلى والأسفل فِضَّة والأوسط صفر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوِ الثَّمَنَ أَوِ اسْتَوْفَىٰ، أي لا يصدق فيما إذا ادَّعى الزيافة بعد ذلك لأنه تناقضٌ، أمَّا الأول فظاهرٌ، وكذا في غيره لأنَّ حقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا إقرارٌ منه بقبض الجياد، وكذا الإقرار بقبض الثمن، والاستيفاء عبارةٌ عن القبض بوصف التمام فكان عبارةً عن قبض حقِّه أيضًا، وقيل

تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ. وَالزَّيْفُ مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ المَالِ، وَالنَّبَهْرَجَةُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَالسَّتُّوقَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الغِشُّ. قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ لَك عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ لَيْسَ لِي عَلَيْك شَيْءٌ ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ إقْرَارَهُ هُوَ الأَوَّلُ وَقَدِ ارْتَدَّ بِرَدِّ المُقَرِّ لَهُ، وَالثَّانِي دَعْوَىٰ فَلَا بُدَّ مِنَ الحُجَّةِ أَوْ تَصْدِيقِ خَصْمِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْتَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، لِأَنَّ أَحَدَ المُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ كَمَا لَا يَتَفَرَّدُ بِالْعَقْدِ، وَالْمَعْنَىٰ أَنَّهُ حَقُّهُمَا فَبَقِيَ العَقْدُ

في غير الجياد صدق موصولًا، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فإن أقرَّ بقبض حقه أو الجياد أو بالاستيفاء ثمَّ ادَّعى الزيافة لم يصدق، لأنَّ الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد أقرَّ بقبضه، وكذا لو أقرَّ بقبض الذي له عليه ثمَّ ادَّعى الزيافة، وإن وصل فالقياس كذلك، وفي الاستحسان يصدق لأنه ادَّعىٰ مجازَ كلامه متصلًا، أي قبضت حقي ذاتًا لا صفةً.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْتَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، إذ الإقرار بالدين يرتدُّ بردِّ المقر له، وكذا الإقرار بالعين، ولو صدق ثم ردَّ لا يرتد، أمَّا الإقرار بالبيع لا يرتدُّ بردِّ المقرِّ له وله أن يصدقه بعد الردِّ، لأنَّ أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فبردِّه لا ينفسخ البيع، فلو صدق بعد ذلك والعقد قائمٌ عمل تصديقه، والعلامة النسفي ذكر في الكافي إشكالًا في هذا الموضع فقال: ذكر في الهداية: لأنَّ أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لأنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، وذكر قبله: ولأنه لمَّا تعذر استيفاء الثمن من المشتري فاتَ رضا البائع فيستبدُّ بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعبٌ، قلتُ: لا تناقضَ بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق، لأنَّ مراده بقوله: لأنَّ أحد المتعاقدين لا

فَعَمِلَ التَّصْدِيقُ، أَمَّا المُقَرُّ لَهُ يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الإِقْرَارِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مَالًا فَقَالَ مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَىٰ أَلْفٍ وَأَقَامَ هُوَ البَيِّنَةَ عَلَى القَضَاءِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ) وَكَذٰلِكَ عَلَى الإِبْرَاءِ. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ القَضَاءَ يَتْلُو الوُجُوبَ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا. وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ غَيْرَ الحَقِّ قَدْ يُقْضَىٰ وَيَبْرَأُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّغَبِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يُقَالُ قَضَىٰ بِبَاطِلٍ وَقَدْ يُصَالَحُ عَلَىٰ شَيْءٍ فَيَثْبُتُ ثُمَّ يُقْضَىٰ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَيْسَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرُ (وَلَوْ قَالَ مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُكَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ عَلَى القَضَاءِ) وَكَذَا عَلَى الإِبْرَاءِ لِتَعَذُّرِ التَّوْفِيقِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، أَخْذٌ وَإِعْطَاءٌ وَقَضَاءٌ وَاقْتِضَاءٌ

ينفرد بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معترفًا به، كما إذا قال أحدهما اشتريتُ وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخًا للعقد إذ لا يتمُّ به الفسخ، وفيما إذا قال اشتريتَ مني هذه الجارية وأنكر فالمدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبدُّ بفسخه أيضًا.

قوله: أَمَّا المُقَرُّ لَهُ يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الإِقْرَارِ، بخلاف ما لو أقرَّ بنسب عبده من إنسانٍ فكذبه المقرَّ له ثمَّ ادعاه المقرُّ لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الإقرار بالنسب إقرارٌ بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتدُّ بالردِّ.

قوله: لِأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرُ، لأنَّ كلمة «ليسَ» لنفي الحال فصار كأنه قال: ليسَ لك عليَّ شيء في الحال لأنِّي قد قضيتُ حقك، ألا ترىٰ أنه لو صرَّح به يصحُّ.

وَمُعَامَلَةٌ بِدُونِ المَعْرِفَةِ. وَذَكَرَ القُدُورِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ تُقْبَلُ أَيْضًا لِأَنَّ المُحْتَجِبَ أَوِ المُخَدَّرَةَ قَدْ يُؤْذَىٰ بِالشَّغَبِ عَلَىٰ بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضَ وُكَلَائِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذٰلِكَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ فَقَالَ لَمْ أَبِعْهَا مِنْكَ قَطُّ فَأَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ البَائِعِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ البَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنِ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَىٰ غَيْرِهِ

قوله: فَيَأْمُرُ بَعْضَ وُكَلَائِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذٰلِكَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ، فعلىٰ هذا قالوا: لو كان المدَّعىٰ عليه ممَّن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنَّ الإبراء يتحقَّق بلا معرفةٍ.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا، أي في الدين وهو أن يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع فكان المالك في قوله: ما بعتها، صادقًا ثمَّ المالك في دعواه براءته من كل عيبٍ لا يكون مناقضًا، ونظير ما ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ من التوفيق ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ فقال: أقام البينة على الشراء وذو اليد ينكر ثمَّ أقام المنكر بينةً علىٰ أنَّ المدعي قد ردَّ المبيع عليَّ قبلت ولا يبطل إنكاره البيع البينة لأنه يقول أخذها منِّي ببينةٍ كاذبةٍ ثم استقلته فأقالني، فإذا أمكن الجمع بينهما جمع، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: يجب أن يتناقض لأنه زعم أنه لم يبع ثمَّ ادعى البيع والفسخ، والجواب عنه أنه إنَّما تتحقق المناقضة إذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين،

فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ البَيْعِ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَىٰ وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (ذِكْرُ حَقٍّ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ، وَمَنْ قَامَ بِهٰذَا الذِّكْرِ الحَقِّ فَهُوَ وَلِيٌّ مَا فِيهِ

وقد أمكن بأن يقول: لم أبع بنفسي وإنَّما باعه وكيلي ثمَّ فسخت البيع فيحمل عليه، فإن قيل: ارتفع إنكاره بقضاء القاضي فصار مكذبًا فلا يكون مناقضًا، كما إذا ردَّ المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاءٍ حيث يكون له الردُّ علىٰ بائعه وإن أنكر قيام العيب لأنه صار مكذبًا شرعًا، قلنا: التناقض إذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوىٰ، كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع، والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة، إذ الزوج والمولى يستبدَّان وثمَّ كذلك لجواز أن لا يكون المشتري مطلعًا على العيب فأنكر بناء عليه، ثمَّ لما أقيمت البينة علم الآن فأراد الرد ولا كذلك ههنا لأنَّ مبناه ليس على الخفاء لأنه ادَّعىٰ فعل نفسه، فإن قيل: يشكل بما إذا ادَّعى رجل علىٰ آخر أنَّ له علىٰ فلانٍ كذا وأنَّ هذا كفيله عنه بأمره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما أنكر فله أن يرجع على المكفول عنه بعد ما أدَّىٰ إلى المدعي عندنا، خلافًا لزُفر رحمه الله تعالىٰ، لما أنه مكذب شرعًا والتناقض ليس في محل الخفاء، قلنا: أنه أنكر الكفالة دون الأمر وهو منفصلٌ عنها فإنكارها لا يكون إنكارًا للأمر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد أدَّىٰ دينه فاستوجب دينًا عليه، بخلاف مسئلتنا لأنَّ البَراءة من كل عيبٍ لا تصحُّ بدون البيع فإنكار البيع إنكار للبراءة فدعوى البراءة تناقضٌ.

قوله: ذِكْرُ حَقٍّ، أي كتاب إقرارٍ بدين.

قوله: وَمَنْ قَامَ بِهٰذَا الذِّكْرِ الحَقِّ فَهُوَ وَلِيٌّ مَا فِيهِ، يعني من أخرج هذا الصكَّ وطلب ما فيه من الحقِّ فله ولاية ذلك، فإن قيل: لِمَا ذا يكتب هذا ولا يصحُّ التوكيل علىٰ هذا الوجه، لأنه توكيل المجهول والمجهول لا يصلحُ وكيلًا، قلنا: الغرض من كتابة

إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ فَعَلَىٰ فُلَانٍ خَلَاصُ ذٰلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ بَطَلَ الذِّكْرُ كُلُّهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ هُوَ عَلَى الخَلَاصِ وَعَلَىٰ مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الحَقِّ، وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ ذَكَرَهُ فِي الإِقْرَارِ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِيهِ لِأَنَّ الذِّكْرَ لِلِاسْتِيثَاقِ، وَكَذَا الأَصْلُ فِي الكَلَامِ الِاسْتِبْدَادُ، وَلَهُ أَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ العَطْفِ فَيُصْرَفُ إِلَى الكُلِّ كَمَا فِي الكَلِمَاتِ المَعْطُوفَةِ مِثْلِ قَوْلِهِ عَبْدُهُ حُرٌّ وَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ اللهِ

هذا إسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل، فإنَّ التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعلى تقدير الرضاء ههنا يلزم التوكيل بلا رضائه، فإن قيل: إن هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة الإقرار للمجهول، قلنا: إنَّما يصح الرضاء بالتوكيل لأنه إسقاط حقِّه فإنَّ للمقرِّ أن لا يرضىٰ بتوكيل المقرِّ له لِمَا يلحقه من الضَّرر وقد أسقط حقَّ نفسه وإسقاط حقه مع الجهالة جائزٌ، بخلاف الإقرار لأنه اظهارٌ لا إسقاط، وقيل هذه المسئلة فرعٌ لهذا الأصل وهو أنَّ هذا الكلام لمَّا كان محتاجًا إليه ليكون حجةً لمن أخرج هذا الصكَّ فهذا الكلام لم يوجب فصلًا بين الاستثناء وصدر الكلام، وعندهما حشوٌ لا يحتاج إليه فكان فاصلًا بين الاستثناء وصدر الكلام.

قوله: أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ فَعَلَىٰ فُلَانٍ خَلَاصُ ذٰلِكَ وَتَسْلِيمُهُ، أي لو كتب صكَّ الشراء وكتب في آخره: فما أدرك فلانًا فيه من ذلك فعلىٰ فلانٍ خلاص ذلك، فإن قيل: هذا الكلام لغوٌ لأنَّ الخلاص علىٰ فلان لأنه ضمان الثمن وهو عليه شرط أو لم يشرط، قلنا: يكون اشتِراطه توكيدًا وفيه تحرُّز عن قول ابن أبي ليلىٰ لأنَّ عنده لا رجوعَ بدون الشرط.

تَعَالَىٰ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ؛ وَلَوْ تَـرَكَ فُرْجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَلَوْ تَـرَكَ فُرْجَةً، أي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت، إذ الفرجة في الصُّكوك كالسكوت في النطق، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

# فَصْلٌ فِي الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَجَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَتْ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الْحِرْمَانِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ فَيَثْبُتُ فِيمَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ، كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ نَعْتَبِرُهُ لِلدَّفْعِ، وَمَا ذَكَرَهُ يَعْتَبِرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ. وَلَوْ مَاتَ الْمُسْلِمُ وَلَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ: أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْحَادِثَ

## فصل في القضاء بالمواريث

قوله: تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة [illegible]

قوله: وما ذكره يعتبره للاستحقاق [illegible]

قوله: فالقول قولهم أيضا؛ لأن الحادث [illegible]

الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ، أَمَّا الوَرَثَةُ فَهُمُ الدَّافِعُونَ وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الحُدُوثِ أَيْضًا.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَقَالَ المُسْتَوْدَعُ هٰذَا ابْنُ المَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ مَا

بما تمسكت به المرأة في المسئلة الأولىٰ، غير أنَّها في المسئلتين تتمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لإثباته، والورثة هم الدافعون جميعًا في المسئلتين، فإن قيل: الماء إذا كان جاريًا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجةً لصاحب الطاحونة حتى يقضىٰ بالأجر على المستأجر فقد تمسكت بالحال لإثبات استحقاق الأجر، قلنا: ثمَّة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجةً للتأكيد ولبقاء ما كان علىٰ ما كان، وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجةً، يؤيده ما ذكر في المبسوط أنه لو لم تنقض الإجارة حتى عاد الماء لزمته الإجارة فيما بقي من الشهر وإن كان يومًا واحدًا فلم يكن له أن ينقضها لزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدَّة علم أنَّهما اتفقا على السبب الموجب في الحال، فإن قيل: هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله تعالىٰ في الأصل: إذا مات الرجل وترك ابنين فقال أحد الابنين مات أبي مسلمًا وقد كنتُ مسلمًا حال حياته وقال الآخر صدقتَ وكنتُ أيضًا مسلمًا أسلمتُ حال حياته وكذَّبه الابن المتفق على إسلامه وقال: إنَّما أسلمتَ بعد موت الأب، فالقول قول الابن المتَّفق علىٰ إسلامه ولم يجعل الحال حكمًا على إسلام الابن المختلف في إسلامه فيما مضىٰ مع قيام السبب في الحال وهو البنوة، قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنَّما يُصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابتٌ للحال، أمَّا إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابتٌ في الحال غير أنَّهما اختلفا في مقداره فلا يُصار إلىٰ تحكيم الحال وإن كان السبب

فِي يَدِهِ حَقُّ الوَارِثِ خِلَافَةً فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ حَقُّ المُوَرِّثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكِيلُ المُودِعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقِيَامِ حَقِّ المُودِعِ إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَىٰ مَالِ الغَيْرِ، وَلَا كَذٰلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ، بِخِلَافِ المَدْيُونِ إِذَا أَقَرَّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَىٰ نَفْسِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ (فَلَوْ قَالَ المُودَعُ لِآخَرَ هٰذَا

قائمًا، ألا ترىٰ في مسئلة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدَّة الإجارة بأن قال المستأجر: كان الماء منقطعًا شهرين، وقال صاحب الطاحونة: لا بل انقطع الماء شهرًا فالقول قول المستأجر مع يمينه، منقطعًا كان الماء أو جاريًا في الحال لأنَّهما اختلفا في جريانٍ مقدَّر أو انقطاع مقدَّر وذلك غير ثابتٍ للحال، فكذا الاختلاف هنا في مقدار مدَّة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن، والثابت في الحال نفس الإسلام لا الإسلام المقدَّر فهذا هو المأخذ في المسئلة.

قوله: حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، لأنَّ صاحب اليد مقرٌّ بأنه ملك الغائب وهو حيٌّ ويده في الوديعة يد الغائب فلا يملك إبطال يده وملكه بإقراره وفي تصحيح إقراره تنفيذ إقراره في ملك الغير بزعمه وهنا زَعَم أنَّ الميت لم يبق مالكًا وأنَّ المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح إقراره تنفيذ إقراره في ملك الغير، فلو دفع هل له أن يسترده؟ قال شيخ الإسلام علاء الدين رحمه الله تعالىٰ: ليسَ له أن يسترده لأنه ساعٍ في نقض ما أوْجَبه، ورُوِي عن ظهير الدين المرغينانِي رحمه الله تعالىٰ أنه تردَّد في ذلك، ولو لم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأنَّ المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله.

ابْنُهُ أَيْضًا وَقَالَ الأَوَّلُ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قَضَىٰ بِالْمَالِ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّـهُ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ لِلْأَوَّلِ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنِ المَالِ فَيَكُونُ هٰذَا إِقْرَارًا عَلَى الأَوَّلِ فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي، كَمَا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا، وَلِأَنَّـهُ حِينَ أَقَرَّ لِلْأَوَّلِ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فَصَحَّ، وَحِينَ أَقَرَّ لِلثَّانِي لَهُ مُكَذِّبٌ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِذَا قُسِمَ المِيرَاثُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ وَلَا مِنْ وَارِثٍ وَهٰذَا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ القُضَاةِ وَهُوَ ظُلْمٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يُؤْخَذُ الكَفِيلُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالْإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُلِ الشُّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ. لَهُمَا أَنَّ القَاضِيَ نَاظِرٌ لِلْغُيَّبِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ وَارِثًا غَائِبًا

قوله: وَقَالَ الأَوَّلُ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قَضَىٰ بِالْمَالِ لِلْأَوَّلِ، وهل يضمن للثانِي إذا دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن نصفه للثانِي، كذا في النهاية.

قوله: وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالْإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُلِ الشُّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ، أمَّا إذا قالوا: لا نعلم له وارثًا غيره دفع إليه من غير كفيل ولا تأنٍّ عندهم، ولو شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا علىٰ عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتِهم لا نعرف له وارثًا غيره فإنَّ القاضي يتلوم زمانًا علىٰ قدر ما يرىٰ، فإن حضر وارثٌ آخر يقسم المال بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه، وهل يأخذ كفيلًا بما دفع إليه؟ قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: لا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: يأخذ، ثمَّ إنَّما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال بعد التلوم إذا كان هذا الوارث ممَّن لا يحجب بغيره كالأب والابن، أمَّا إذا كان ممن يحجب بغيره كالجدِّ والأخ والعمِّ لا يدفع المال إليه

أَوْ غَرِيمًا غَائِبًا، لِأَنَّ المَوْتَ قَدْ يَقَعُ بَغْتَةً فَيُحْتَاطُ بِالْكَفَالَةِ. كَمَا إِذَا دَفَعَ الآبِقَ وَاللُّقَطَةَ إِلَىٰ صَاحِبِهِ وَأَعْطَى امْرَأَةَ الغَائِبِ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّ الحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا فَلَا يُؤَخَّرُ لِحَقٍّ مَوْهُومٍ إِلَىٰ زَمَانِ التَّكْفِيلِ كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ مِمَّنْ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنَ عَلَى العَبْدِ حَتَّىٰ بِيعَ فِي دَيْنِهِ لَا يَكْفُلُ، وَلِأَنَّ المَكْفُولَ

ما لم تقم البينة على عدد الورثة، أو يشهدوا أنَّهم لا يعلمون له وارثًا غيره، وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: ولو قال المودع لرجلٍ هو ابن الميِّت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنَّىٰ في ذلك زمانًا علىٰ حسب ما يرىٰ، ذكر بكر رحمه الله تعالىٰ أنَّ في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوِّضًا إلى القاضي، وقدَّر الطحاوي رحمه الله تعالى مدَّة التلوم بالحول، فإن لم يظهر وارثٌ آخر يدفع المال ويأخذ الكفيل لاحتمال أن يظهر وارثٌ آخر، قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكلِّ لأنَّ الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة، كذا في النهاية.

قوله: وَأَعْطَى امْرَأَةَ الغَائِبِ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ، وهي امرأةٌ تستنفق وزوجها غائبٌ وله عند رجل وديعةٌ والمودع مقرٌّ بالوديعة والزوجية، فالقاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلًا.

قوله: أَنَّ حَقَّ الحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أي فيما إذا لم يكن وارثٌ آخر، أَوْ ظَاهِرًا، أي فيما إذا كان وارثٌ آخر، لكن القاضي مكلَّفٌ بما ظَهَر عنده من الحجة، وقد ظهر كونه وارثًا، والعمل بالظاهر واجبٌ عليه فلا يؤخر حقَّه لحقٍّ موهومٍ إلىٰ زمان التكفيل، أرأيتَ لو لم يجد كفيلًا كان يمنع حقه.

قوله: كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ - إلىٰ قوله - لَا يَكْفُلُ، أي لا يؤخذ الكفيل من المشتري

لَهُ مَجْهُولٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا كُفِلَ لِأَحَدِ الغُرَمَاءِ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَأَمَّا الآبِقُ وَاللُّقَطَةُ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الخِلَافِ. وَقِيلَ إِنْ دَفَعَ بِعَلَامَةِ اللُّقَطَةِ أَوْ إِقْرَارِ العَبْدِ يَكْفُلُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الحَقَّ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ. وَقَوْلُهُ ظُلْمٌ: أَيْ مَيْلٌ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ، وَهٰذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ لَا كَمَا ظَنَّهُ البَعْضُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّ أَبُوهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخُوهُ فُلَانٍ الغَائِبِ قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ وَتَرَكَ النِّصْفَ الآخَرَ فِي يَدِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ وَلَا يَسْتَوْثِقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ، وَهٰذَا

الذي أثبت شراءه بالحجة، ولا يؤخذ الكفيل من ربِّ الدين الذي أثبت دينه على العبد حتى بيع العبد لأجل دينه، وإن كان يتوهَّم حضور مشترٍ آخر قبله وغريم آخر في حقِّ العبد علم أنَّ المتيقن المعلوم لا يؤخر إلىٰ زمان التكفيل لأمر موهومٍ.

قوله: أَوْ إِقْرَارِ العَبْدِ، أي إقرار العبد الآبق أنه لفلانٍ.

قوله: وَهٰذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ، أي فإنَّ قوله: وهو ظلمٌ، يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ المجتهد يخطئ ويصيبُ، وقول من قال: كل مجتهد مصيبٌ، ينزع إلىٰ مذهب أهل الاعتزال، لِمَا أنَّ عندهم الأصلح واجبٌ على الله تعالى فكان صيانة الله المجتهدينَ عن الخطإ وتقريرهم على الصواب واجبًا عليه، فيلزم من هذا ضرورة أن يقال كل مجتهد مصيب، ونسبوا هذا القول إلىٰ أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإليه أشار بقوله: لَا كَمَا ظَنَّهُ البَعْضُ، وإنَّما وقعوا في هذا الظنِّ بسبب ما نقل عن أبي حنيفة رحمه

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: إِنْ كَانَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ جَاحِدًا أُخِذَ مِنْهُ وَجُعِلَ فِي يَدِ أَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْحَدْ تُرِكَ فِي يَدِهِ) لَهُمَا أَنَّ الجَاحِدَ خَائِنٌ فَلَا يُتْرَكُ المَالُ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ المُقِرِّ لِأَنَّهُ أَمِينٌ. وَلَهُ أَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُخْتَارَ المَيِّتِ ثَابِتٌ فَلَا تُنْقَضُ يَدُهُ كَمَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا وَجُحُودُهُ قَدِ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الجُحُودِ فِي المُسْتَقْبَلِ لِصَيْرُورَةِ الحَادِثَةِ مَعْلُومَةً لَهُ وَلِلْقَاضِي، وَلَوْ كَانَتِ الدَّعْوَىٰ فِي مَنْقُولٍ فَقَدْ قِيلَ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الحِفْظِ ..............................

الله تعالىٰ أنه قال ليوسف بن خالد الشمني: وكل مجتهد مصيب والحقُّ عند الله واحدٌ، قلنا: معنى هذا الكلام أنه مصيبٌ في حقِّ عمله حتى أنَّ عمله به يقع صحيحًا شرعًا وإن كان مخطئًا للحقِّ عند الله تعالىٰ.

قوله: وَلَهُ أَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا، لأنَّ الوارث قال هذا ميراثٌ ولا إرثَ إلَّا بثبوت الملك للمورث، ولهذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ منه وصاياه.

قوله: وَجُحُودُهُ قَدِ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ القَاضِي، جوابٌ عن قولهما أنَّ الجاحد خائنٌ.

قوله: وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الجُحُودِ، جوابٌ عمَّا لو قيل: لمَّا جحد مرَّةً فالظاهرُ أنه يدوم علىٰ جحوده فقال: والظاهر عدم الجحود في المستقبل، لأنَّ من الجائز أنَّ جحوده لاشتباه الأمر عليه، وقد صارت الحادثة معلومةً له بشهادة الشهود وللقاضي أيضًا، وبعد ما صار مسجَّلًا مثبتًا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلىٰ ذلك، ويؤمن تصرُّفه فيه لعلمه أنَّ القاضي لا يمكنه منه.

وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، بِخِلَافِ العَقَارِ لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَفْسِهَا وَلِهٰذَا يَمْلِكُ الوَصِيُّ بَيْعَ المَنْقُولِ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ دُونَ العَقَارِ، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الأُمِّ وَالأَخِ وَالْعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ. وَقِيلَ المَنْقُولُ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيهِ أَظْهَرُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الحِفْظِ،

قوله: وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، أي في الحفظ، لأنه ظَهَر جحود ذي اليد فيتصرَّفُ فيه إمَّا لخيانةٍ أو لزعمه أنه ملكه، وأمَّا إذا وضعه القاضي في يد أمينٍ كان هو عدلًا ظاهرًا فلا يتصرَّف فيه.

قوله: وَلِهٰذَا يَمْلِكُ الوَصِيُّ بَيْعَ المَنْقُولِ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ، أي ولأنَّ المنقول محتاجٌ إلى الحفظ يملك الوصي بيعه على الكبير الغائب، ولولا أنه محتاجٌ إلى الحفظ لَمَا ملك الوصيُّ ذلك، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الأُمِّ وَالأَخِ وَالْعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ، يعني في بيع المنقول من تركة الموصي، ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير لا من جهة الموصي، وهذا لأنَّ التَّركة قبل القسمة ملك الميت من وجهٍ وملك الورثة من وجهٍ، فأثبتنا للوصي الحفظ باعتبار ما بقي للميت من الملك في تركته دون مالٍ آخر، لأنَّ الموصي إذا كان غير الأب والجد لا يملك بيع مال الصغير لا للحفظ ولا للربح، وإنَّما ملك وصي هؤلاء بيع المنقول باعتبار ما بقي للميت من الملك لا باعتبار ما ثبت للورثة، بخلاف وصيِّ الأب لأن له البيع باعتبار ما للميِّت وما للورثة إذا كانوا صغارًا، وفي الذخيرة: أمَّا وصيِّ الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الأب العقار والمنقول في ذلك سواءٌ، لأنَّ وصي الأمِّ قائمٌ مقام الأمِّ والأمُّ حال حياتِها لا تملك بيع ما ورثه الصغير، العقار والمنقول المشغول بالدَّين والحالُ في ذلك سواءٌ.

قوله: وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِيهِ أَظْهَرُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الحِفْظِ، والحفظ بالتَّرك في يده أتمُّ لأنه يصير محفوظًا صورةً ومعنىً، لأنه لو هَلَك في يده يجبُ عليه الضمان

وَإِنَّمَا لَا يُؤْخَذُ الكَفِيلُ لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ وَالْقَاضِي إِنَّمَا نُصِبَ لِقَطْعِهَا لَا لِإِنْشَائِهَا، وَإِذَا حَضَرَ الغَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِعَادَةِ البَيِّنَةِ وَيُسَلَّمُ النِّصْفُ إِلَيْهِ بِذٰلِكَ القَضَاءِ لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ فِيمَا يَسْتَحِقُّ لَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ وَعَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المَيِّتُ فِي الحَقِيقَةِ وَوَاحِدٌ مِنَ الوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَلِيفَةٌ عَنْهُ فِي ذٰلِكَ، بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ، وَلِهٰذَا لَا يَسْتَوْفِي إِلَّا نَصِيبَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ بِدَيْنِ المَيِّتِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الكُلِّ عَلَىٰ أَحَدِ الوَرَثَةِ إِذَا

لأنه بالإنكار صار ضامنًا، ولو أخذ من يده ووضع في يد أمينٍ لا يصير محفوظًا معنىً لأنه غير مضمونٌ عليه.

قوله: وَإِذَا حَضَرَ الغَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ إِعَادَةِ البَيِّنَةِ، قال الشيخ الإمام على البزدوي رحمه الله تعالىٰ: وهو الأصح، وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ عن بعض مشايخنا أنَّ علىٰ قياس أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ينبغي أن يعيد البينة، لأنَّ تلك البينة للحاضر خاصَّةً، كما في القصاص.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الكُلِّ عَلَىٰ أَحَدِ الوَرَثَةِ، استثناء عن قوله: لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ، معناه أنَّ استحقاق الكلِّ علىٰ أحد الورثة إنَّما يكون استحقاقًا على الباقين إذا كان الكلُّ في يده، وذكر في الجامع: إنَّما يكون قضاءً علىٰ جميع الورثة إذا كان المدَّعى في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره، لأنَّ دعوى العين لا تتوجه إلا علىٰ ذي اليد فإنَّما ينتصب أحد الورثة خصمًا عن الكلِّ إذا كان المدَّعىٰ في يده، وهذا بخلاف دعوى الدَّين فإنَّ أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت

كَانَ الكُلُّ فِي يَدِهِ. ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ خَصْمًا بِدُونِ اليَدِ فَيَقْتَصِرُ القَضَاءُ عَلَىٰ مَا فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ فَهُوَ عَلَىٰ مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَلْزَمَهُ التَّصَدُّقُ بِالْكُلِّ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِعُمُومِ اسْمِ المَالِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إِيجَابَ العَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَىٰ فَيَنْصَرِفُ إِيجَابُهُ إِلَىٰ مَا أَوْجَبَ الشَّارِعُ فِيهِ الصَّدَقَةَ مِنَ المَالِ. أَمَّا الوَصِيَّةُ فَأُخْتُ المِيرَاثِ لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ

وعن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت وإن لم يكن في يده شيءٌ من التَّركة.

قوله: وَمَنْ قَالَ مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ فَهُوَ عَلَىٰ مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، أي يجبُ عليه صدقة جميع ما يملكه من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة، كالنقدين ومال السوائم وأموال التجارة بقليلها وكثيرها، ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لأنَّ ذلك تتعلَّق به الزكاة إذا انضمَّ إليه غيره فكأنَّهم اعتبروا الجنس دون القدر، ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدَّق بماله وعليه دينٌ يحيطُ بماله لزمه أن يتصدَّق به، فإن قضىٰ به دينه لزمه التصدُّق عند تملُّكه لأنَّ المعتبر جنسُ ما تجب فيه الزكاة وإن لم تكن واجبةً ولا يجبُ عليه التصدُّق بالأموال التي لا يجبُ في جنسها الزكاة، كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك.

قوله: لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ، أي كالوراثة من حيث إنَّهما يثبتان الملكَ بعد الموت والله تعالىٰ أوْجَب المواريث في كل عينٍ ودينٍ.

قوله: وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ التِزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ، أَمَّا الوَصِيَّةُ تَقَعُ

الْتِزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ، أَمَّا الوَصِيَّةُ تَقَعُ فِي حَالِ الِاسْتِغْنَاءِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الكُلِّ وَتَدْخُلُ فِيهِ الأَرْضُ العُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، إِذْ جِهَةُ الصَّدَقَةِ فِي العُشْرِيَّةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا تَدْخُلُ لِأَنَّهَا سَبَبُ المُؤْنَةِ، إِذْ جِهَةُ المُؤْنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَلَا تَدْخُلُ أَرْضُ الخَرَاجِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً. وَلَوْ قَالَ مَا أَمْلِكُهُ صَدَقَةٌ فِي المَسَاكِينِ فَقَدْ قِيلَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَالٍ لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ لَفْظِ المَالِ. وَالْمُقَيَّدُ إِيجَابُ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ

فِي حَالِ الِاسْتِغْنَاءِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الكُلِّ، أي في الحقيقة هُما سيَّان، لأنَّ إيجاب الصدقة الصرف إلىٰ فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلًا لاستغنائه عنه بالموت.

قوله: وَتَدْخُلُ فِيهِ الأَرْضُ العُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، لأنَّ معنى الصدقة في العشر راجحٌ عنده، ولهذا لا تجب على الكافر، وعند محمدٍ، وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ لا تدخل، لأنَّ فيه معنى المؤنة، ولهذا لا يعتبر فيه المالك فأشبه الخراج.

قوله: لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ لَفْظِ المَالِ، لأنَّ الملك يطلق على المال وعلىٰ غيره فإنه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المتعة، واسم المال لا يطلق علىٰ ما ليس بمالٍ، فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادةَ مزيةٍ على المال، وذلك في أن ينصرف إلىٰ كل مالٍ يجوز التصدُّق به فصار كأنه قال: كل مالٍ أملكه ممَّا يتصدَّق به فهو صدقةٌ، فحينئذٍ ينصرف إلىٰ مال الزكاة وغيره، كذا هذا، والصحيح أنَّهما سواءٌ.

قوله: وَالْمُقَيَّدُ إِيجَابُ الشَّرْعِ، وهو قوله تعالىٰ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:

بِلَفْظِ المَالِ فَلَا مُخَصِّص فِي لَفْظِ المِلْكِ فَبَقِيَ عَلَى العُمُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّ المُلْتَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ الفَاضِلُ عَنِ الحَاجَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، (ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَىٰ مَا دَخَلَ تَحْتَ الإِيجَابِ يُمْسِكُ مِنْ ذٰلِكَ قُوتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ هٰذِهِ مُقَدَّمَةٌ وَلَمْ يُقَدِّرْ مُحَمَّدٌ بِشَيْءٍ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ. وَقِيلَ المُحْتَرِفُ يُمْسِكُ قُوتَهُ لِيَوْمٍ وَصَاحِبُ الغَلَّةِ لِشَهْرٍ وَصَاحِبُ الضِّيَاعِ لِسَنَةٍ عَلَىٰ حَسَبِ التَّفَاوُتِ فِي مُدَّةِ وُصُولِهِمْ إِلَى المَالِ، وَعَلَىٰ هٰذَا صَاحِبُ التِّجَارَةِ يُمْسِكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أُوْصِيَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمِ الوَصِيَّةَ حَتَّىٰ بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكَةِ، فَهُوَ وَصِيٌّ وَالْبَيْعُ جَائِزٌ)، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ حَتَّىٰ يَعْلَمَ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَيْضًا لِأَنَّ الوِصَايَةَ إِنَابَةٌ بَعْدَ المَوْتِ فَتُعْتَبَرُ بِالْإِنَابَةِ قَبْلَهُ وَهِيَ الوَكَالَةُ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِإِضَافَتِهَا إِلَىٰ زَمَانِ بُطْلَانِ الإِنَابَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَمَا فِي تَصَرُّفِ الوَارِثِ. أَمَّا الوَكَالَةُ فَإِنَابَةٌ لِقِيَامِ

١٠٣] وقوله عليه الصلاة والسلام: «هاتوا رُبع عشور أموالكم».

قوله: وَصَاحِبُ الغَلَّةِ لِشَهْرٍ، أي صاحب الدُّور والحوانيت والبيوت التي يُؤاجرها الإنسان يمسك قوت شهر.

قوله: كَمَا فِي تَصَرُّفِ الوَارِثِ، لو باع الوارثُ تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم

وِلَايَةِ المَنُوبِ عَنْهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ لَا يَفُوتُ النَّظَرُ لِقُدْرَةِ المُوَكِّلِ، وَفِي الأَوَّلِ يَفُوتُ لِعَجْزِ المُوصِي (وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالْوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ لَا إِلْزَامُ أَمْرٍ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الوَكَالَةِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ

بموته جاز بيعه، فكذا الوصيُّ.

قوله: وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالْوَكَالَةِ، أي سواءٌ كان حرًّا أو عبدًا أو كافرًا.

قوله: حَتَّىٰ يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ، أي يخبر مخبران، والمراد من الشهادة الإخبار لأنَّ لفظ الشهادة هنا ليسَ بشرطٍ أو واحد عدلٍ، ثمَّ في هذا اللفظ اشتباهٌ في اشتراط العدالة في المخبر إذا كان اثنين، ولفظ الكتاب مشتبهٌ أيضًا وهو قوله: حتى يخبره رجلان أو رجلٌ عدلٌ، وعن هذا اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: إذا كان المخبر بعزل الوكيل أو بحجر المأذون فاسقين يثبت العزل والحجر بوجود أحد الشرطين وهو العدد، وذلك لأنه يشترط في الشهادة العدالة والعددُ، وتأثير العدد فوقَ تأثير العدالة، ألا ترىٰ أنَّ قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذُ وبشهادة الفاسقين ينفذُ، ثمَّ لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فأوْلىٰ أن يثبت الحجر بالعدد وإن لم توجد العدالة، وقال بعضهم: لا يثبت لأنَّ خبر الفاسقين لا يصلح للإلزام، كخبر الفاسق الواحد في أنه لا يكون ملزمًا وأنه يجب التوقُّف فيه، وفي هذا الخبر إلزامٌ من وجه فكانت العدالة شرطًا في المخبرين، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ، لأنه لو صحَّ هذا الخبر لكان إلزامًا بقول الفاسق وذلك لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ، وزعم أنه هو المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ومعنى ما أطلق في الكتاب محمولٌ علىٰ ما إذا

لِأَنَّهُ مِنَ المُعَامَلَاتِ وَبِالْوَاحِدِ فِيهَا كِفَايَةٌ. وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ فَيَكُونُ شَهَادَةً مِنْ وَجْهٍ فَيُشْتَرَطُ أَحَدُ شَطْرَيْهَا وَهُوَ العَدَدُ أَوِ العَدَالَةُ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ المُوَكِّلِ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ المُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِرْسَالِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا أُخْبِرَ المَوْلَىٰ بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعُ وَالْبِكْرُ وَالْمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا.

كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة، كذا في النهاية.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ، لِمَا فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرُّف فيكون شهادةً من وجه، ويشبه التوكيل من حيث إنَّ المتصرِّف يتصرَّف في ملكه فوجب أن يشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة توفيرًا على الشبهين حظَّهما والإلزام من كل وجهٍ ما كان إلزامًا علىٰ خصمٍ منكرٍ مشروطًا بلفظ الشهادة.

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، أي التوكيل، وبخلاف الرسول لأنَّ عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضره، وعلىٰ هذا الخلاف إذا أخبر المولىٰ بجناية عبده فباعه أو أعتقه لا يكون مختارًا للفداء عنده، إلا إذا أخبره عدلٌ أو مستوران، خلافًا لهما، والشفيع إذا أخبره واحدٌ غير عدل لا يبطل شفعته عنده، والبكر إذا أُخبرت بإنكاح الوليّ فسكتت فإن كان المخبر واحدًا غير عدلٍ لا يكون سكوتُها رضًا عنده، والمسلم الذي لم يهاجر أي الحربيّ الذي أسْلَم في دار الحرب ولم يهاجر فأُخبر بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلًا أو اثنين لزمته الفرائض، حتَّىٰ لو ترك يلزمه قضاؤها، وإن كان المخبر فاسقًا إن صدقه فكذلك، وإن كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: والأصحُّ عندي أنه يلزمه القضاء ههنا، لأنَّ من يخبره فهو رسولُ رسولِ الله صلى الله تعالىٰ عليه وسلَّم.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ وَأَخَذَ المَالَ فَضَاعَ وَاسْتُحِقَّ العَبْدُ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ أَمِينَ القَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ القَاضِي وَالْقَاضِي مَقَامَ الإِمَامِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يَلْحَقُهُ ضَمَانٌ كَيْ لَا يَتَقَاعَدَ عَنْ قَبُولِ هٰذِهِ الأَمَانَةِ فَيُضَيِّعَ الحُقُوقَ وَيَرْجِعَ المُشْتَرِي عَلَى الغُرَمَاءِ، لِأَنَّ البَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرُّجُوعِ عَلَى العَاقِدِ، كَمَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَلِهٰذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ (وَإِنْ أَمَرَ القَاضِي الوَصِيَّ بِبَيْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ القَبْضِ وَضَاعَ المَالُ رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى الوَصِيِّ) لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً عَنِ المَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ القَاضِي عَنْهُ

قوله: وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ، أي لأجل الغرماء وهم أرْباب الديون ههنا، وَأَخَذَ المَالَ، أي الثمن.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، أطْلَق لفظ المحجور ليتناول الصبيَّ المحجور والعبد المحجور، فإنَّ من وكل صبيًّا محجورًا يعقل البيع والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلَّق الحقوقُ بِهما بل بموكلهما، لأنَّ التزام العهدة لا يصحُّ منهما، ففي الصبيِّ لقصور أهليته وفي العبد لحقِّ سيِّده، والأصلُ أنه إذا تعذَّر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلَّق بأقرب الناس إلى العاقد، كما في توكيل المحجور، وأقْرَب الناس في مسئلتنا من ينتفع بِهذا العقد وهو الغريم، ألا ترىٰ أنَّ القاضي لا يأمر الوصيَّ أو أمينه إلا بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم.

قوله: لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً عَنِ المَيِّتِ، وذلك لأنَّ الوصيَّ قائمٌ مقام الميِّت، أمَّا إذا كان الميِّت أوْصىٰ إليه فظاهرٌ، وأمَّا إذا نصبه القاضي فكذلك لأنَّ القاضي إنَّما نصبه ليكون

فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَرَجَعَ الوَصِيُّ عَلَى الغُرَمَاءِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ. قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالْمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ لَحِقَهُ فِي أَمْرِ المَيِّتِ، وَالْوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الغَرِيمِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ العَاقِدُ عَامِلًا لَهُ.

قائمًا مقام الميت لا ليكون قائمًا مقام القاضي.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ، أي المديون إذا باشر العقدَ بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعةً إليه، فكذا يرجع إلىٰ من قامَ مقامه بعد مماته، فيرجع المشتري على الوصيِّ ثمَّ يرجع الوصيُّ على الغرماء.

قوله: قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالْمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا، وفي رجوع الغريم بما غرم اختلافٌ، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: يجوز أن يقال: يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصيِّ أو للمشتري، لأنَّ هذا الضمان لحقه لأمر الميِّت، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله تعالىٰ أيضًا: والأصحُّ أنه يرجع، وقال بعضهم: لا يأخذ في الصحيح من الجواب، لأنَّ الغريم إنَّما ضمن من حيث إنَّ العقد وقعَ له فلم يكن له أن يرجع علىٰ غيره.

قوله: وَالْوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الغَرِيمِ، الوارثُ إذا احتاج إلىٰ بيع شيءٍ من التَّركة وهو صغيرٌ فباعه الوصيُّ ثمَّ استحقَّ رجع المشتري بالثمن على الوصيِّ والوصيُّ على الوارثِ، ولو باعه أمين القاضي رجع المشتري على الوارث إذا كان أهلًا، وإن لم يكن أهلًا ينصبُ القاضي عنه وصيًّا فيرجعُ عليه ويؤدِّي هو من مال الصغير.

## فَصْلٌ آخَرُ: قَوْلُ القَاضِي بِانْفِرادِهِ قَبْلَ العَزْلِ وَبَعْده

(وَإِذَا قَالَ القَاضِي قَدْ قَضَيْتُ عَلَىٰ هٰذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ، أَوْ بِالْقَطْعِ فَاقْطَعْهُ، أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسِعَكَ أَنْ تَفْعَلَ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هٰذَا وَقَالَ: لَا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّىٰ تُعَايِنَ الحُجَّةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ وَالْخَطأَ وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَعَلَىٰ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ لَا يُقْبَلُ كِتَابُهُ. وَاسْتَحْسَنَ المَشَايِخُ هٰذِهِ الرِّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ أَكْثَرِ القُضَاةِ فِي زَمَانِنَا إِلَّا فِي كِتَابِ القَاضِي لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ أُخْبِرَ عَنْ أَمْرٍ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ لِخُلُوِّهِ عَنِ التُّهْمَةِ، وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الأَمْرِ وَاجِبَةٌ، وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ. وَقَالَ الإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْعِدَامِ تُهْمَةِ الخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ، فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الحُكْمِ لِتُهْمَةِ الخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ.

## فصل آخر: قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده

قوله: فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ، بأن يقول في حدِّ الزنا: إنِّي استفسرتُ المقرَّ بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمتُ عليه بالرجم، ويقول في حد السرقة: إنه ثبتَ عندي بالحجة أنه

قَالَ: (وَإِذَا عُزِلَ القَاضِي فَقَالَ لِرَجُلٍ أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفًا وَدَفَعْتُهَا إِلَىٰ فُلَانٍ قَضَيْتُ بِمَا عَلَيْكَ فَقَالَ الرَّجُلُ: «أَخَذْتَهَا ظُلْمًا» فَالْقَوْلُ قَوْلُ القَاضِي، وَكَذَا لَوْ قَالَ قَضَيْتُ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقٍّ، هٰذَا إِذَا كَانَ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ وَالَّذِي أُخِذَ مِنْهُ المَالُ مُقِرَّيْنِ أَنَّهُ فَعَلَ ذٰلِكَ وَهُوَ قَاضٍ) وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذٰلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ. إِذِ القَاضِي لَا يَقْضِي بِالْجَوْرِ ظَاهِرًا (وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينَ عَلَى القَاضِي. (وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ وَالْآخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي لَا يَضْمَنُ أَيْضًا) لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ القَضَاءِ وَدَفْعُ القَاضِي صَحِيحٌ كَمَا إِذَا كَانَ مُعَايِنًا (وَلَوْ زَعَمَ المَقْطُوعُ يَدُهُ أَوِ المَأْخُوذُ مَالُهُ أَنَّهُ

أخذ نصابًا من حرزٍ لا شبهةَ فيه، وفي القصاص: أنه قتل عمدًا بلا شبهةٍ، وإنَّما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه رُبَّما يظنُّ بسبب جهله غير الدليل دليلًا.

قوله: وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ، أي على القاضي، لأنه لو لزمه اليمين لصار خصمًا وقضاء الخصم لا ينفذُ والقاضي أمينٌ لا خصمٌ.

قوله: وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ وَالْآخِذُ، أي لو أقرَّ القاطع بأمر القاضي أو الآخذ المال بأمر القاضي بالقطع والأخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضًا كالقاضي، لأنه أي لأنَّ القاطع أو الآخذ فعله في حالة القضاء فلا يضمن.

قوله: وَدَفْعُ القَاضِي صَحِيحٌ، أي ودفعُ القاضي المالَ إلىٰ رب الدين أو المستحق الذي هو الآخذ صحيحٌ لأنه دفعه في حالة القضاء فالظاهر أنه دفعه بحقٍّ فكان دفعه صحيحًا، كما إذا كان معاينًا أي كما إذا كان دفع القاضي المالَ إلى الآخذ بحكم القضاء في

فَعَلَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ العَزْلِ فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا) هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ أَسْنَدَ فِعْلَهُ إِلَىٰ حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتُ أَوْ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالْجُنُونُ مِنْهُ كَانَ مَعْهُودًا (وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ أَوْ الآخِذُ فِي هٰذَا الفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي بِضَمَانٍ) لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَقَوْلُ القَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَىٰ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ (وَلَوْ كَانَ المَالُ فِي يَدِ الآخِذِ قَائِمًا وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ

معاينة المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقرَّ بما أقرَّ به القاضي.

قوله: فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا، هُوَ الصَّحِيحُ، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: إذا زعم المأخوذ منه أو المقطوعة يده أنه فعل ذلك بعد العزل فإنَّ القول قوله، لأنَّ هذا الفعل حادثٌ فإنَّما يُحال بحدوثه إلىٰ أقرب الأوقات، ومن ادَّعىٰ فيه تاريخًا سابقًا لا يصدق إلا بحجةٍ.

قوله: وَقَوْلُ القَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَىٰ غَيْرِهِ، فإن قيل: قد وجد الإسناد منهما أيضًا إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضمان فيجب أن لا يضمنا أيضًا كالقاضي، قلنا: إنَّ هذه جهةٌ يعارضها ما هو أقوىٰ منها تقتضي وجوب الضمان، وهو الإقرار بسبب الضمان، وهو حجةٌ قطعيَّةٌ، وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجةٌ ظاهرةٌ، فإن قيل: هذا الوجه ثابتٌ في حقِّ القاضي أيضًا، قلنا: لو أوْجَبنا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء، ولأنَّ حالة القضاء منافيةٌ لضمان القاضي لا محالةَ فكان الإسناد إليها مفيدًا، وأمَّا إسناد غير القاضي فعله إلىٰ حالة القضاء غير مفيدٌ لأنَّ ذلك لا ينافي الضمان لا محالةَ، لأنه كم من غاصبٍ يغصب

بِهِ القَاضِي وَالْمَأْخُوذُ مِنْهُ المَالُ صُدِّقَ القَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لَهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَىٰ تَمَلُّكِهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَقَوْلُ المَعْزُولِ فِيهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ.

مال غيره والقاضي في منصب القضاء، وما ادَّعىٰ من القاضي أمره بالقطع والأخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه، وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فردٌ فلا تسمع، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

## كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

قَالَ: (الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إِذَا طَالَبَهُمُ الْمُدَّعِي) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَإِنَّمَا

## كتاب الشهادة

الشهادة في اللغة هي الإخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان، فعلىٰ هذا قالوا: إنَّها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة، لأنَّ السبب المطلق للأداء المعاينةُ، وقيل: هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور، لأنَّ الشاهد يحضر مجلس القضاء للأداء فسمِّي الحاضر شاهدًا وأداؤه شهادةً، وهي في الشريعة عبارة عن إخبار بصدق مشروطًا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة، فقولنا: إخبار بصدقٍ، جنسٌ يدخل تحته الإقرار والدعوى والإنكار والشهادة، فإنَّ كل واحد منها إخبار بصدق إذا كان الأمر على وفاق ما قالوا، فإنَّ الإقرار إخبارٌ بما في يده لغيره، والدعوى إخبار بما في يد غيره لنفسه، والإنكار إخبار بما في يده لنفسه، والشهادة إخبار بما في يد غيره لغيره، وقولنا: مشروطًا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة، فصلٌ لهذه الإخبارات وسائر الإخبارات الصادقة غير الشهادة.

قال: **الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ وَلَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إِذَا طَالَبَهُمُ الْمُدَّعِي، لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾**، إذ النهيُ عن الإباء عند الدعاء أمرٌ بالحضور عند الدعاء، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والنهيُ عن الكتمان أمرٌ بالإظهار، وقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ وعيد واستحقاق الوعيد بترك

يُشْتَرَطُ طَلَبُ المُدَّعِي لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ طَلَبِهِ كَسَائِرِ الحُقُوقِ.
(وَالشَّهَادَةُ فِي الحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ) لِأَنَّهُ

الواجب، ثم لم يقتصر على قوله: آثمٌ، لزيادة التأكيد لما أنَّ إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بِها أبْلَغ من الإسناد إلى الجملة، ألا ترىٰ أنَّك تقول إذا أردتَّ التأكيد: هذا ممَّا أبصرته عيني وممَّا سمعته أذنِي، ولأن القلب رئيس الأعضاء والمضغة التي إن صلحت صلح البدن كله وإن فسدت فسد البدن كله، ولأنَّ أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح، ألا ترىٰ أنَّ أصل الحسنات والسيئات الإيمان والكفر وهما من أفعال القلوب، فلمَّا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودًا عليه بأنَّ الكتمان من أعظم الذنوب، فإن قيل: النهيُ عن الشيء يقتضي في ضدِّه إثبات سنة تكون في القوة كالواجب، كما ذكر في أصول الفقه من أنَّ المختار عندنا أنَّ الأمر بالشيء يقتضي كراهة ضدِّه لا أن يكون موجبًا له ودليلًا عليه إلىٰ أن وكد، وعلىٰ هذا القول يحتمل أن يكون النهي مقتضيًا في ضده إثبات سنةٍ تكون في القوة كالواجب، ولهذا قلنا أنَّ المحرم لما نُهيَ عن لبس المخيط كان من السنة لبس الإزار والرداء، فعلم بِهذا أنَّ الأمر المستفاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلًا عن الفرض، قلنا: هذا فيما إذا لم يقصد ضدُّه كالأمر بالقيام في الصلاة ليس بنهي عن القعود قصدًا، وأمَّا إذا كان ضده مقصودًا كالأمر بالإيمان يكون نَهيًا عن ضدِّه إذ ضده مقصودٌ بنهيٍ صريحٍ، وكذا النهيُ عن الشيء أمر بضدِّه إذا كان ضده مقصودًا، وفيما قلنا الضدُّ مقصود بالأمر لقوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ﴾ [الطلاق: ٢] ولأنَّ الأمر بشيءٍ له ضدٌّ واحدٌ يقتضي افتِراض الضدِّ ليتحقَّق موجب النهي فإنَّ الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] لا يتحقَّق إلا بأداء الشهادة فكان أداء الشهادة فرضًا كفرضية الانتهاء عن الكتمان.

قوله: وَالشَّهَادَةُ فِي الحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ، لِأَنَّهُ بَيْنَ

بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الحَدِّ وَالتَّوَقِّي عَنِ الهَتْكِ (وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ سَتَرَ عَلَىٰ مُسْلِمٍ سَتَرَ اللهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ» وَفِيمَا نُقِلَ مِنْ تَلْقِينِ الدَّرْءِ عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَأَصْحَابِهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ أَفْضَلِيَّةِ السَّتْرِ (إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمَالِ فِي السَّرِقَةِ فَيَقُولُ: أَخَذَ) إِحْيَاءً لِحَقِّ المَسْرُوقِ مِنْهُ (وَلَا يَقُولُ سَرَقَ) مُحَافَظَةً عَلَى السَّتْرِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَتِ السَّرِقَةُ لَوَجَبَ القَطْعُ وَالضَّمَانُ لَا يُجَامِعُ القَطْعَ فَلَا يَحْصُلُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ.

حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الحَدِّ وَالتَّوَقِّي عَنِ الهَتْكِ، وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ: «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ»، فإن قيل: هذا الذي ذكره معارضٌ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة، قلنا: هذه الآية محمولةٌ على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المداينة، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلىٰ أن قال: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ﴾ لا وتكتموا الشهادة، فكان الحديث المذكور والدليل العقلي سالمين عن المعارضة، ثمَّ إنَّهما يدلان على التخيير وأفضلية الستر على ما هو المذكور في الكتاب، والمعنى فيه أنَّ الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلىٰ إحياء حقه من الأموال وذلك في حقوق العباد، وأمَّا الحدود فحقُّ الله تعالىٰ وهو تعالىٰ موصوفٌ بالكرم والغنىٰ وليس فيه خوف فوت حقه فجاز

(وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ مَرَاتِبَ: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَنْ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ فَلَا

لذلك أن يختار الشاهد جانب الستر وكان هو أفضل صيانةً لهتك عرض أخيه المسلم.

قوله: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا، يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿... فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ وَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾، فإن قيل: في هذه النصوص بيان جواز العمل بِهذا العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد، قلنا: المقادير في الشرع لمنع الزيادة أو النقصان أو لمنعهما، وهذا التقدير لا يمنع الزيادة، فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدةٌ، فكان هذا قضية متلقاة من جهة الشرع، فينتهي إلىٰ ما أنْهَانا الشرعُ إليه.

قوله: وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ، أبو بكر وعُمر رضي الله تعالىٰ عنهما.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإن قيل: هذا النصُّ وَرد في المداينات لما مرَّ فكيف يكون حجةً في الحدود والقصاص؟ قلنا: العبرةُ لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتَّىٰ إنَّ هذه الآية جعلت حجةً في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرَّةً بالإقرار ومرَّةً بالشهود ولا حقَّ يثبت شرعًا

تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ (وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَىٰ ذٰلِكَ مِنَ الحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سَوَاءٌ كَانَ الحَقُّ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ مِثْلُ النِّكَاحِ) وَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْعِدَّةِ وَالْحَوَالَةِ وَالْوَقْفِ وَالصُّلْحِ (وَالْوَكَالَةِ وَالْوَصِيَّةِ) وَالْهِبَةِ وَالْإِقْرَارِ وَالْإِبْرَاءِ وَالْوَلَدِ وَالْوِلَادِ وَالنَّسَبِ وَنَحْوِ ذٰلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ القَبُولِ لِنُقْصَانِ العَقْلِ وَاخْتِلَالِ

بالشهود التي فوق الاثنين سوى حدِّ الزنا فتعيَّن ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود، ومن سائر الحقوق بقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين، وفي المبسوط: ثمَّ القياس أن يكتفىٰ بشهادة الواحد لأنَّ رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة، ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبًا للعمل، وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حدَّ التواتر فلا معنىٰ لاشتراط العدد، ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة، كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، إشارةٌ إلىٰ حديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية.

قوله: وَالْوَصِيَّةِ، أي الإيصاء لأنه في تعداد غير المال.

قوله: وَنَحْوِ ذٰلِكَ، كالعتاق والنَّسب.

قوله: وَتَوَابِعِهَا، كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار.

الضَّبْطِ وَقُصُورِ الوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ، وَلِهٰذَا لَا تُقْبَلُ فِي الحُدُودِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَرْبَعِ مِنْهُنَّ وَحْدَهُنَّ إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الأَمْوَالِ ضَرُورَةً، وَالنِّكَاحُ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقَلُّ وُقُوعًا فَلَا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ أَدْنَىٰ خَطَرًا وَأَكْثَرُ وُجُودًا. وَلَنَا أَنَّ الأَصْلَ فِيهَا القَبُولُ لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ المُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالْأَدَاءُ، إِذْ بِالْأَوَّلِ يَحْصُلُ العِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَبِالثَّانِي يَبْقَىٰ، وَبِالثَّالِثِ يَحْصُلُ العِلْمُ لِلْقَاضِي وَلِهٰذَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهَا فِي الأَخْبَارِ، وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الأُخْرَىٰ إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذٰلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ فَلِهٰذَا لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَهٰذِهِ الحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَعَدَمُ قَبُولِ الأَرْبَعِ عَلَىٰ

قوله: لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ، أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط، وهو حسن السماع والفهم والحفظ إلىٰ وقت الأداء، إذ في لفظ الكتاب نوع إخلال لأنَّها لا يثبت بها أهلية الشهادة، لأنَّ هذه الأشياء ثابتة للعبد والصبيِّ العاقل والكافر ولا شهادةَ لهم.

قوله: وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ، جوابٌ عن الشافعيِّ رحمه الله تعالىٰ بقوله: الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط، فقال: ذلك النقصان انجبر بضمِّ الأخرىٰ إليها.

قوله: وَهٰذِهِ الحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ، إشارةٌ إلىٰ قوله: مثل النكاح والوكالة والوصية، أمَّا النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل والإكراه، بخلاف الأموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والإجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل، فلمَّا ثَبَت هذه الأشياء أعني البيع

خِلَافِ القِيَاسِ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ فِي الوِلَادَةِ وَالْبَكَارَةِ وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَالْجَمْعُ المُحَلَّىٰ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الأَقَلَّ. وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ

وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع أنَّها لا تثبت بالهزل فلَأن تثبت بشهادتِهنَّ النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل أَوْلىٰ، وأمَّا الوكالة والوصية والأموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتِها مع الشبهات فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضًا وإن كان فيها شبهة البدلية، ويقبل شهادة رجلٍ واحد على الولادة لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأةٍ واحدةٍ فقبول شهادة رجلٍ واحدٍ أَوْلىٰ، وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب أنه شَهَد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجلٌ واحدٌ بأن قال: فاجأتُها فاتَّفق نظري إليها، والجواب أنه لا يمنعُ قبول الشهادة إذا كان عدلًا في مثل هذا الموضع، ثمَّ الصحيح أنه لا يشترط العدد لأنَّ شهادة الرجل أقوىٰ من شهادة المرأة، فلمَّا ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأةٍ واحدةٍ فبشهادة رجلٍ واحدٍ أَوْلىٰ، وقد قال بعض مشايخنا أنه وإن قال تعمَّدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا.

قوله: وَالْجَمْعُ المُحَلَّىٰ بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ، أي إذا لم يكن ثمَّة معهودٌ والكلُّ ليس بمرادٍ قطعًا فيُراد به الأقلَّ ضرورةً لبطلان العدد بواسطة الجنسية، وهو حجةٌ على الشافعي رحمه الله تعالىٰ في اشتراط الأربع، وعلى ابن أبي ليلىٰ في اشتِراط الثنتين، ذكره في المبسوط، وذكر في الإيضاح مالكًا مكان ابن أبي ليلىٰ.

- رَحِمَهُ اللهُ - فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَتِ الذُّكُورَةُ لِيَخِفَّ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَخَفُّ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ العَدَدِ إِلَّا أَنَّ المُثَنَّىٰ وَالثَّلَاثَ أَحْوَطُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الإِلْزَامِ (ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الوِلَادَةِ شَرَحْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ) وَأَمَّا حُكْمُ البَكَارَةِ فَإِنْ شَهِدْنَ أَنَّهَا بِكْرٌ يُؤَجَّلُ فِي العِنِّينِ سَنَةً وَيُفَرَّقُ بَعْدَهَا لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ إِذِ البَكَارَةُ أَصْلٌ، وَكَذَا فِي رَدِّ المَبِيعَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ البَكَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَ إِنَّهَا ثَيِّبٌ يَحْلِفُ البَائِعُ لِيَنْضَمَّ نُكُولُهُ إِلَىٰ قَوْلِهِنَّ وَالْعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ البَائِعُ، وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

قوله: لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَخَفُّ، لعدم الشهوة، ولهذا بعد الموت تغسل المرأةُ المرأةَ والرجلُ الرجلَ، فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ العَدَدِ، أي لأنَّ نظر الجنس إلى الجنس أخفُّ يسقطُ اعتبار العدد شرطًا ليقلَّ النظرَ وبقي احتياطًا، والمثنَّىٰ والثلاث أحوط لِمَا فيهما من معنى الإلزام، ولهذا يشترط فيها الحرية والإسلام ولفظ الشهادة واختصَّ بمجلس القاضي.

قوله: ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الوِلَادَةِ شَرَحْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ، أي في باب ثبوت النسب وهو قوله: إذا تزوَّج الرجل امرأةً فجاءت بولدٍ لستة أشهرٍ فصاعدًا فجحد الزوج الولادة ثَبَتَ الولادة بشهادة امرأةٍ واحدةٍ.

قوله: وَالْعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ، أي في الحال، وقيام العيب في الحال شرطٌ لصحة الخصومة فيحلفُ البائع بأنه لم يكن عنده هذا العيب، وكيفية التحليف إن كان بعد القبض: بالله لقد سلمها وهيَ بكرٌ، وإن كان قبله: بالله أنَّها بكرٌ.

فِي حَقِّ الإِرْثِ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ إِلَّا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا مِنْ أُمُورِ الدِّينِ. وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الإِرْثِ أَيْضًا لِأَنَّهُ صَوْتٌ عِنْدَ الوِلَادَةِ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَىٰ نَفْسِ الوِلَادَةِ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ فِي ذٰلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ) أَمَّا العَدَالَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَلِأَنَّ العَدَالَةَ هِيَ المُعِينَةُ لِلصِّدْقِ، لِأَنَّ مَنْ يَتَعَاطَىٰ غَيْرَ الكَذِبِ قَدْ يَتَعَاطَاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَأْجَرُ لِوَجَاهَتِهِ وَيَمْتَنِعُ عَنِ الكَذِبِ لِمُرُوءَتِهِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لَوْ قَضَىٰ بِشَهَادَةِ الفَاسِقِ يَصِحُّ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَصِحُّ، وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ، .......................

قوله: وَلَا بُدَّ فِي ذٰلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، أي في جميع ما تقدَّم.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقًا سواء كان ذا وجاهة أو لم يكن، وذلك لأن قبول الشهادة لإكرام الشاهد كما قال عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم» وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام: «إذا لقيتَ الفاسقَ فالْقَهْ بوجهٍ يكفهرّ» ومن يكون معلنًا للفسق فلا مروة شرعًا فلهذا لا تقبل شهادته.

وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا إِذِ الأَمْرُ فِيهَا بِهٰذِهِ اللَّفْظَةِ، وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ تَوْكِيدٍ، فَإِنَّ قَوْلَهُ أَشْهَدُ مِنَ أَلْفَاظِ الْيَمِينِ كَقَوْلِهِ أَشْهَدُ بِاللهِ فَكَانَ الِامْتِنَاعُ عَنِ الكَذِبِ بِهٰذِهِ اللَّفْظَةِ أَشَدَّ. وَقَوْلُهُ فِي ذٰلِكَ كُلِّهِ إِشَارَةٌ إِلَىٰ جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ حَتَّىٰ يُشْتَرَطَ العَدَالَةُ، وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ

قوله: وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا، أي وَرَد نظم النصوص بلفظة الشهادة والإشهاد والاستشهاد، نحو قوله تعالىٰ: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَایَعۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُوا۟ شَهِیدَیۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمتَ مثل الشمس فاشهد» فلمَّا جاء الأمر بِهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظٍ آخر، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا لفظ التكبير وَرَدَ النصُّ بلفظه قال الله تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرۡ﴾ [المدثر: ٣] ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ تبديله بلفظٍ آخر في معناه نحو قوله: الله أجل، والله أعظم، قلنا: التكبير للتعظيم وفي قوله: الله أعظم، صريح التعظيم فكان هو مثله، والشهادة من المشاهدة لفظًا ويذكر للقسم استعمالًا فلمَّا كان كذلك فالحكم المعلَّق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الإخبار لا يكون جوازه معلَّقًا بلفظ هو دونه، ولأنَّ قبول الشهادة في إلزام الحكم على القاضي ثَبَتَ بخلاف القياس فيراعىٰ جميع ما وَرَدَ فيه النص من الذي وَرَد لفظة الشهادة فيراعىٰ، فأمَّا لفظ التكبير للتعظيم فهو موافقٌ للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدَّىٰ حكمه إلىٰ موضعٍ وجد حكمه فلذلك افترقا.

قوله: فِي الوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ، احترَز به عن قول العراقيين، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ في قوله القابلة في مسئلة الولادة، وهل يشترط لفظ الشهادة؟

لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الإِلْزَامِ حَتَّى اخْتَصَّ بِمَجْلِسِ القَضَاءِ وَلِهٰذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ.

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَىٰ ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ وَلَا يَسْأَلُ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ حَتَّىٰ يَطْعَنَ الخَصْمُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ، إِلَّا مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ» وَمِثْلُ ذٰلِكَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الِانْزِجَارُ عَمَّا هُوَ مُحَرَّمٌ دِينُهُ، وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ إِذْ لَا وُصُولَ إِلَى القَطْعِ.

ففي شرح أبي بكر رحمه الله تعالىٰ: قال مشايخ بلخ وبخارا: يشترط، وقال العراقيون: لا، واتَّفقوا علىٰ أنه تشترط الحرية والعقل والبلوغ والإسلام.

قوله: وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ إِذْ لَا وُصُولَ إِلَى القَطْعِ، جوابٌ لِمَا يُقال أنَّ الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وههنا يثبت المدَّعي استحقاق المدَّعى به بإقامة البينة فيجبُ أن لا يكتفىٰ بالظاهر؟ فأجاب أنَّ الظاهر قائمٌ مقام الدليل القطعي، لِمَا أنه لا إمكان للوصول إلى الدليل القطعيِّ، وذلك لأنه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج إلىٰ تزكية المزكي، وقبول قول المزكِّي في التعديل أيضًا عملٌ بالظاهر لِمَا أنَّ المزكي في قوله عدلٌ غير كاذبٍ، لأنَّ المزكي مسلمٌ والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب، فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملًا بالظاهر يجبُ أن لا يكتفىٰ بظاهر عدالة المزكِّي أيضًا، لأنه عملٌ بالظاهر فحينئذٍ يحتاج إلىٰ مزكٍّ آخر في تعرُّف عدالة المزكِّي الأول، وكذلك في الثالث والرابع، وهذا أمر يؤدي إلى التسلسل، وقولهم: أنَّ الظاهر لا يكفي للاستحقاق، قلنا: قد يكفي له إذا لم ينازعه آخر، ألا ترىٰ أنَّ الشفيع يستحقُّ الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينازعه المشتري في ذلك، وههنا أيضًا كذلك لأنَّ كلامنا فيما إذا لم يطعن المدَّعىٰ عليه في

(إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ يَحْتَالُ لِإِسْقَاطِهَا فَيُشْتَرَطُ الِاسْتِقْصَاءُ فِيهَا، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ، وَإِنْ طَعَنَ الخَصْمُ فِيهِمْ سَأَلَ عَنْهُمْ لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ فَيَسْأَلُ طَلَبًا لِلتَّرْجِيحِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ) لِأَنَّ القَضَاءَ مَبْنَاهُ عَلَى الحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَةُ العُدُولِ فَيَتَعَرَّفُ عَنِ العَدَالَةِ، وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ البُطْلَانِ. وَقِيلَ هٰذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ وَالْفَتْوَىٰ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا فِي هٰذَا الزَّمَانِ.

قَالَ: (ثُمَّ التَّزْكِيَةُ فِي السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ المَسْتُورَةَ إِلَى المُعَدِّلِ فِيهَا النَّسَبُ

الشهود، ولو طعن فحينئذٍ يسأل عنهم، كما لو نازع المشتري الشفيعَ فيما في يد الشفيع بأنه لا ملكَ له فيه.

قوله: لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ، لأنَّ الظاهر أن لا يطعن كذبًا.

قوله: وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنِ البُطْلَانِ، أي علىٰ تقدير ظهور الشهود عبيدًا أو كفارًا يبطلُ القضاء.

قوله: أَنْ يَبْعَثَ المَسْتُورَةَ إِلَى المُعَدِّلِ، المستورة اسمٌ للرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرًّا بيد أمينه إلى المزكِّي، سُمِّيت بِها لأنَّها تستر عن نظر العوام، وفي المغرب: حلية الإنسان صفته وما يرىٰ عنه من لونٍ وغيره، والجمع حُلي بالضمِّ والكسر، والمصلَّى قيل المراد به المحلة، وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر، وصورة التزكية السرِّ أن يبعث رسولًا إلى المزكِّي أو يكتب إليه كتابًا فيه أسماءُ الشهود وأنسابُهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم إن كان سوقيًا، حتَّىٰ يتعرَّف المزكِّي فيسأل عن جيرانِهم وأصدقائهم، فإذا عرفهم

وَالْحِلْيُ وَالْمُصَلَّىٰ وَيَرُدُّهَا المُعَدِّلُ) كُلُّ ذٰلِكَ فِي السِّرِّ كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخْدَعَ أَوْ يُقْصَدَ (وَفِي العَلَانِيَةِ لَا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ المُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ) لِتَنْتَفِي شُبْهَةُ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ، وَقَدْ كَانَتِ العَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، وَوَقَعَ الِاكْتِفَاءُ بِالسِّرِّ فِي زَمَانِنَا تَحَرُّزًا عَنِ الفِتْنَةِ. وَيُرْوَىٰ عَنْ مُحَمَّدٍ

فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه: «عدلٌ جائز الشهادة»، ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احتِرازًا عن هتك السَّتر، أو يقول: والله يعلمُ، إلا إذا عدله غيره وخافَ أنه لو لم يصرِّح بذلك يقضي القاضي بشهادته، فحينئذٍ يصرِّحُ بذلك، ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي «مستورٌ»، وصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول للمعدل: أهذا الذي عدلته؟ أو يقول للمزكي بحضرة الشهود: أهٰؤلاء عدولٌ مقبول الشهادة؟ وَقَدْ كَانَتِ العَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، أي في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وأصحابه، لأنَّ المعدل كان لا يتوقَّىٰ عن الجرح ولا يخافُ من المدعي ولا من الشهود لأنَّهم كانوا منقادين للحقِّ ولا يقابلونه بالأذىٰ لو جرحهم، ووقع الاكتفاء بتزكية السرِّ في زماننا وتركت تزكية العلانية، لأنَّها بلاءٌ وفتنةٌ، إذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالأذىٰ، قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ: أقبل في تزكية السرِّ المرأة والعبد والمحدود في القذف إذا كانوا عدولًا، ولا أقبل في تزكية العلانية إلا من أقبل شهادته لأنَّ تزكية السرِّ من باب الإخبار والمخبر عنه به أمر دينيٌّ، وقول هٰؤلاء في الأمور الدينية مقبولٌ إذا كانوا عدولًا، ألا ترىٰ أنه يقبل روايتهم في الإخبار عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ويجبُ الصوم بقولهم، وأمَّا تزكية العلانية نظير الشهادة من حيث إنَّ القضاء لا يجبُ إلا بِها كما لا يجبُ إلا بالشهادة حتَّىٰ شرط في المزكِّي في تزكية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر، وأن لا يكون محدودًا في قذفٍ

- رَحِمَهُ اللهُ -: تَزْكِيَةُ العَلَانِيَةِ بَلَاءٌ وَفِتْنَةٌ. ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ المُعَدِّلُ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ يُعَدَّلُ، وَقِيلَ يَكْتَفِي بِقَوْلِهِ هُوَ عَدْلٌ لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ بِالدَّارِ وَهٰذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الخَصْمِ إِنَّهُ عَدْلٌ) مَعْنَاهُ قَوْلُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ، لٰكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَزْكِيَةَ الآخَرِ إِلَىٰ تَزْكِيَتِهِ لِأَنَّ العَدَدَ عِنْدَهُ شَرْطٌ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ فِي زَعْمِ المُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الخَصْمَ كَاذِبٌ فِي إِنْكَارِهِ مُبْطَلٌ فِي إِصْرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدِّلًا، وَمَوْضُوعُ المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا، أَمَّا إِذَا قَالَ صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَةٌ فَقَدِ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ. (وَإِذَا كَانَ رَسُولُ القَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ

سوى لفظ الشهادة، وعلىٰ هذا تزكية الوالد لولده في السرِّ جائزةٌ، لأنَّها من باب الإخبار، كذا في الذخيرة، وأوَّلُ من سأل في السرِّ شُريح رضي الله تعالىٰ عنه حتى قيل له: أحدثت يا أبا أميَّة؟ قال: أحدثتم فأحدثنا.

قوله: وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، أي قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ تفريعًا علىٰ قولهما، وذكر قاضي خان رحمه الله تعالىٰ في جامعه: ثمَّ فرعَ أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ علىٰ قول من يرى المسئلة عن الشهود، فكان هذا نظير مسئلة المزارعة لم يقبل قول الخصم أي المدَّعىٰ عليه.

قوله: وَإِذَا كَانَ رَسُولُ القَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ، أراد به المرسل إلى القاضي وهو المزكِّي.

عَنِ الشُّهُودِ وَاحِدًا جَازَ وَالِاثْنَانِ أَفْضَلُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ إِلَّا اثْنَانِ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْمُزَكِّي، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ رَسُولُ القَاضِي إِلَى المُزَكِّي وَالْمُتَرْجِمُ عَنِ الشَّاهِدِ، لَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ لِأَنَّ وِلَايَةَ القَضَاءِ تَنْبَنِي عَلَىٰ ظُهُورِ العَدَالَةِ وَهُوَ بِالتَّزْكِيَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ العَدَدُ كَمَا تُشْتَرَطُ العَدَالَةُ فِيهِ، وَتُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي المُزَكِّي وَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ وَلِهٰذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ القَضَاءِ، وَاشْتِرَاطُ العَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا (وَلَا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي المُزَكِّي فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ) حَتَّىٰ صَلُحَ العَبْدُ مُزَكِّيًا، فَأَمَّا فِي تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ فَهُوَ شَرْطٌ، وَكَذَا العَدَدُ بِالْإِجْمَاعِ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِاخْتِصَاصِهَا بِمَجْلِسِ القَضَاءِ. قَالُوا: يُشْتَرَطُ الأَرْبَعَةُ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ رَسُولُ القَاضِي إِلَى المُزَكِّي، معناه من ينقل قول المزكِّي إلى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي إلى المزكِّي.

قوله: وَاشْتِرَاطُ العَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ، أي أمرٌ ثبتَ بالنصِّ، بخلاف القياسَ لأنَّ رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد، كما في رواية حديث النبي عليه الصلاة والسلام في حق العلم بالتواتر، وإذا كان كذلك فلا معنىٰ لاشتراط العدد في الشهادات، لكنا تركنا ذلك القياس التي فيها بيان العدد، فَلَا يَتَعَدَّاهَا، أي فلا يتعدّى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية، والله تعالىٰ أعلم.

## فَصْلٌ: فِي بَـيَانِ أَحْكَامٍ تَتَعَلَّقُ بِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَبِأَنَّ الشَّاهِدَ كَيْفَ يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي

وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ مِثْلُ البَيْعِ وَالْإِقْرَارِ وَالْغَصْبِ وَالْقَتْلِ وَحُكْمِ الحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذٰلِكَ الشَّاهِدُ أَوْ رَآهُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ (لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ المُوجِبُ بِنَفْسِهِ) وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الأَدَاءِ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ

## فصل

قوله: أَحَدُهُمَا مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ، أي لا يحتاج فيه إلى الإشهاد، بل يجوز أن يشهد بدونه ولا كذلك الشهادة، وقيل: معناه أنَّ حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد، وكذا في الظاهرة، وأمَّا الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي، فَإِذَا سَمِعَ ذٰلِكَ الشَّاهِدُ، أي فيما يعرف بالسماع مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم، أَوْ رَآهُ، كالغصب والقتل، وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ (لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ المُوجِبُ بِنَفْسِهِ) وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الأَدَاءِ، أى في تجويز الأداء، قال الله تعالى:﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] والتمسك بالآية علىٰ قوله: وسعه أن يشهد به، لأنه أطلق أداء الشهادة بمجرَّد العلم وقد حصل ذلك بالرؤية في المرئيات، وبالسماع في المسموعات، والعلم شرط جواز الأداء حيث جعله حالًا في قوله تعالى: ﴿ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ والأحوال شروطٌ، وشرطًا في قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمتَ مثل الشمس فاشهد»، وإنَّما جعله ركنًا لزيادة تاثيره في توقُّف صحَّة أداء الشهادة على العلم.

وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] وَقَالَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ».

قَالَ: (وَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ وَلَا يَقُولُ أَشْهَدَنِي) لِأَنَّهُ كَذِبٌ، (وَلَوْ سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الحِجَابِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لَا يَقْبَلُهُ) لِأَنَّ النَّغْمَةَ تُشْبِهُ النَّغْمَةَ فَلَمْ يَحْصُلِ العِلْمُ (إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ البَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى البَابِ وَلَيْسَ فِي البَيْتِ مَسْلَكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلَا يَرَاهُ، لَهُ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ حَصَلَ العِلْمُ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ (وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ الحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنَّقْلِ إِلَىٰ مَجْلِسِ القَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ وَلَمْ يُوجَدْ (وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ مَا حَمَّلَهُ وَإِنَّمَا حَمَّلَ غَيْرَهُ.

قال: (وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَىٰ خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ) لِأَنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ فَلَمْ يَحْصُلِ العِلْمُ. قِيلَ هٰذَا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ

---

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ، لأنه تصرُّف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضررٌ عليه، فلا بُدَّ من الإنابة والتحميل منه.

- رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ. وَقِيلَ هٰذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ القَاضِي شَهَادَتَهُ فِي دِيوَانِهِ أَوْ قَضِيَّتِهِ، لِأَنَّ مَا يَكُونُ فِي قِمْطَرِهِ فَهُوَ تَحْتَ خَتْمِهِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَحَصَلَ لَهُ العِلْمُ بِذٰلِكَ وَلَا كَذٰلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصَّكِّ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا تَذَكَّرَ المَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ إِلَّا النَّسَبَ وَالْمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالدُّخُولَ وَوِلَايَةَ القَاضِي فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهٰذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ المُشَاهَدَةِ وَذٰلِكَ بِالْعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالْبَيْعِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هٰذِهِ أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايَنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَاصُّ مِنَ النَّاسِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَىٰ عَلَى انْقِضَاءِ القُرُونِ، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ

قوله: وَقِيلَ هٰذَا بِالِاتِّفَاقِ، إشارة إلىٰ أوّل المسئلة وهو قوله: ولا يحل للشاهد إذا رأىٰ خطَّه أن يشهد.

قوله: وَعَلَى هٰذَا إِذَا تَذَكَّرَ المَجْلِسَ، أي لا يحلُّ للشاهد أن يشهد إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، ولم يتذكر الحادثة فكان تذكُّر المكان بمنزلة معرفة حظِّه في الشهادة.

قوله: وَالدُّخُولَ، لأنه أمرٌ مشتهرٌ، ويتعلَّق به الأحكام المشهورة من النسب والمهر

فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَدَّىٰ إِلَى الحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الأَحْكَامِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِالِاشْتِهَارِ وَذٰلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ. وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ. وَقِيلَ فِي المَوْتِ يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ أَوْ وَاحِدَةٍ لِأَنَّهُ قَلَّمَا يُشَاهِدُ غَيْرُ الوَاحِدِ إِذِ الإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ العَدَدِ بَعْضُ الحَرَجِ، وَلَا كَذٰلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ. أَمَّا إِذَا فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ كَمَا أَنَّ مُعَايَنَةَ اليَدِ فِي الأَمْلَاكِ تُطْلِقُ الشَّهَادَةَ، ثُمَّ إِذَا فَسَّرَ لَا تُقْبَلُ كَذَا هٰذَا. وَلَوْ رَأَىٰ إِنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ القَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الخُصُومُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَىٰ كَوْنِهِ قَاضِيًا، وَكَذَا إِذَا رَأَىٰ رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى الآخَرِ انْبِسَاطَ الأَزْوَاجِ كَمَا إِذَا رَأَىٰ عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ. وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّىٰ عَلَىٰ جِنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ، حَتَّىٰ لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبْلَهُ ثُمَّ قَصَرَ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الكِتَابِ عَلَىٰ هٰذِهِ الأَشْيَاءِ

والعدَّة وثبوت الإحصان.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ، بأن يقول: أشهد أنه ابنه، وأشهد أنَّها امرأته، أمَّا إذا فسَّر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل، والفرق بين الإطلاق والتفسير أنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادةً منه عن علمٍ، ولا كذلك إذا فسَّر ويقول: سمعتُ

الخَمْسَةِ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ فِي الوَلَاءِ وَالْوَقْفِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - آخِرًا أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَقْفِ لِأَنَّهُ يَبْقَىٰ عَلَىٰ مَرِّ الأَعْصَارِ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ الوَلَاءُ يُبْتَنَىٰ عَلَىٰ زَوَالِ المِلْكِ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ المُعَايَنَةِ فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الوَقْفُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فِي أَصْلِهِ دُونَ شَرَائِطِهِ، لِأَنَّ أَصْلَهُ هُوَ الَّذِي يَشْتَهِرُ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى العَبْدِ وَالْأَمَةِ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ) لِأَنَّ اليَدَ أَقْصَىٰ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى المِلْكِ إِذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الأَسْبَابِ كُلِّهَا فَيَكْتَفِي بِهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُشْتَرَطُ

كذا، وعن هذا كان المراسيل من الأخبار أقوىٰ من المسانيد.

قوله: دُونَ شَرَائِطِهِ، لأنَّ أصله هو الذي يشتهر، قال الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالىٰ: لا بدَّ من بيان الجهة بأن يشهدوا أنَّ هذا وقفٌ على المسجد، أو على المقبرة أو نحو ذلك، حتّىٰ لو لم يذكروا ذلك في شهادتِهم لا تقبل شهادتُهم، وتأويل قولهم: لا تقبل الشهادة علىٰ شرائط الوقف، أنَّهم بعد ما شهدوا أنَّ هذا وقف علىٰ كذا، لا ينبغي لهم أن يشهدوا، يبدأ من غلته فيصرف إلىٰ كذا، ولو قالوا: تلك في شهادتِهم لا تقبل شهادتُهم.

قوله: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى العَبْدِ وَالْأَمَةِ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ، لِأَنَّ اليَدَ أَقْصَىٰ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى المِلْكِ إِذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الأَسْبَابِ كُلِّهَا، إذ لا

مَعَ ذٰلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ. قَالُوا: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هٰذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الرِّوَايَةِ فَيَكُونُ شَرْطًا عَلَى الِاتِّفَاقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: دَلِيلُ المِلْكِ اليَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّ اليَدَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَىٰ إِنَابَةٍ وَمِلْكٍ. قُلْنَا:

دليلَ لمعرفة الملك في حقِّ الشاهد سوى اليد بلا منازع، لأنَّ أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبَّة وما أشْبَه ذلك، إلا أنَّ الشراء إنَّما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكًا للبائع، وإنَّما يعرف كون المبيع ملكًا له بيده بلا منازع فيثبت أن لا دليلَ على الملك سوى اليد، فكان للشاهد أن يعتمد علىٰ مثل هذا الدليل اعتبارًا للظاهر عند تعذُّر الوقوف على الحقيقة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له، فإن وقع في قلبه أنه ملك غيره لا يحلُّ له أن يشهد بالملك لذي اليد، لأنَّ الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمتَ مثل الشمس فاشهد وإلا فدَعْ» فعند إعواز ذلك يصير إلىٰ ما يشهد به اليد، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيرًا لإطلاق قول محمد رحمه الله تعالىٰ في الرواية، فيشترط أن يقع في قلبه أنه له بالاتفاق، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: دليل الملك اليد مع التصرُّف، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ، لأنَّ اليدَ تتنوع إلىٰ ملكٍ وضمانٍ وأمانةٍ فيشترط انضمام التصرُّف للشهادة على الملك، قلنا: التصرف أيضًا يتنوَّع إلىٰ نيابةٍ كالوكيل والمضارب وإلىٰ إصالةٍ فلا معنى لاختيار هذه الزيادة، إذ الاحتمال لا يزول بِها، والأصل أنَّ الأملاك تكون في يد الملاك والكينونة في يد غيرهم عارضٌ فرجَّحنا الأصل، فإن قيل: الشاهد إذا قيَّد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي لا يقبل شهادته، ولو جاز تحمُّل الشهادة بالمعاينة لقبل القاضي الشهادة، قلنا: نحن جعلنا العيان سببًا للجواز لا للوجوب، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمنا ذلك، ولهذا قلنا أنَّ الرجل إذا

وَالتَّصَرُّفُ يَتَنَوَّعُ أَيْضًا إِلَىٰ نِيَابَةٍ وَأَصَالَةٍ. ثُمَّ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: إِنْ عَايَنَ المَالِكُ المِلْكَ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ المِلْكَ بِحُدُودِهِ دُونَ المَالِكِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالتَّسَامُعِ فَيَحْصُلُ مَعْرِفَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنْهَا أَوْ عَايَنَ المَالِكَ دُونَ المِلْكِ لَا يَحِلُّ لَهُ. وَأَمَّا العَبْدُ وَالْأَمَةُ، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذٰلِكَ لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ إِلَّا أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ لَا يُعَبِّرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَكَذٰلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُمَا، وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَذٰلِكَ مَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءِ لِأَنَّ

كانت في يده دار يتصرُّف فيها تصرف الملاك وبيعت دارٌ بجنب هذه وأراد صاحب اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند إنكار المشتري أن تكون الدَّار ملك الشفيع، لأنَّ القياس ليس سببًا للوجوب لكنه سبب الجواز.

قوله: ثُمَّ ... إِنْ عَايَنَ المَالِكُ المِلْكَ، المسئلة علىٰ أربعة أوْجُهٍ: إن عاين المالكُ والملك بأن عرف البائعُ باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعةٍ ووقع في قلبه أنه له، ثمَّ رآه في يدِ آخر فجاء الأول ادَّعى الملك وسعه أن يشهد للأوَّل بالملك بناءً علىٰ يده، وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكًا بحدودٍ ينسب إلىٰ فلان بن فلان الفلانِي وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه، ثمَّ جاء الذي نسب إليه الملك وادَّعىٰ ملكية هذا المحدود علىٰ شخصٍ حلَّ له أن يشهد استحسانًا، لأنَّ النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معروفًا بالتسامع والملك معروفٌ، وإن لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحلُّ له أن يشهد له بالملك، وإن عاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفةً تامةً وسمع أن له في قرية كذا ضيعةً وهو لا يعرف تلك

لَهُمَا يَدًا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا فَيُدْفَعُ يَدُ الغَيْرِ عَنْهُمَا فَانْعَدَمَ دَلِيلُ المِلْكِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالثِّيَابِ، وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة.

قوله: لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا، حتى إذا ادَّعىٰ أنه حرُّ الأصل كان القول قوله، ولا يثبت لغيره يدٌ على الحقيقة حتى يعتبر، لإطلاق الشهادة بالملك، ولا يمكن أن يعتبر التصرُّف وهو الاستخدام مطلقًا للشهادة لأنه لا يصلح دليلًا على الملك فالحرُّ يستخدم الحرَّ ويخدمه طوعًا كما يستخدم العبد سيِّده، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالىٰ أنه يشهد فيها أيضًا فجعلوا اليد دليلًا على الملك في الكلِّ، ألا ترىٰ أنَّ من ادعى عبدًا أو أمةً في يد غيره وذو اليد يدَّعي لنفسه فالقولُ لذي اليد لأنَّ الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه.

قوله: وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لأنَّ لهما يدًا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب، والله تعالىٰ أعلم.

## بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَىٰ). وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: تُقْبَلُ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ لِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلَا خَلَلَ فِيهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ لِحُصُولِ العِلْمِ بِالْمُعَايَنَةِ، وَالْأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ وَلِسَانُهُ غَيْرُ مُوفٍ وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى المَيِّتِ. وَلَنَا أَنَّ الأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالْإِشَارَةِ بَيْنَ المَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يُمَيِّزُ الأَعْمَىٰ إِلَّا بِالنَّغْمَةِ، وَفِيهِ شُبْهَةٌ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ وَالنِّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الغَائِبِ دُونَ الحَاضِرِ فَصَارَ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ. وَلَوْ عَمِيَ بَعْدَ الأَدَاءِ يَمْتَنِعُ القَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، لِأَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ

## باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قوله: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَىٰ، وقال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ: تقبلُ، لأنَّ العمى لا يقدح في الولاية والعدالة، وباعتبارهما تجب الشهادة، ولهذا قبلت رواية الأعمىٰ، وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ: تقبل فيما يجري فيه التسامع لأنه في السماع كالبصير، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالىٰ: إذا تحمل الشهادة وهو بصيرٌ وأدّاها وهو أعمىٰ تقبل فيما لا يحتاج إلى الإشارة كالدُّيون والعقار.

شَرْطٌ وَقْتَ القَضَاءِ لِصَيْرُورَتِهَا حُجَّةً عِنْدَهُ وَقَدْ بَطَلَتْ وَصَارَ كَمَا إِذَا خَرِسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، لِأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالْمَوْتِ قَدِ انْتَهَتْ وَبِالْغَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ.

قَالَ: (وَلَا المَمْلُوكِ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الوِلَايَةِ وَهُوَ لَا يَلِي نَفْسَهُ فَأَوْلَىٰ أَنْ لَا تَثْبُتَ لَهُ الوِلَايَةُ عَلَىٰ غَيْرِهِ (وَلَا المَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا فَيَبْقَىٰ بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، بِخِلَافِ المَحْدُودِ فِي غَيْرِ القَذْفِ لِأَنَّ الرَّدَّ لِلْفِسْقِ وَقَدِ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تُقْبَلُ إِذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور: ٥] اسْتَثْنَى التَّائِبَ. قُلْنَا: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأُولَـٰئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] أَوْ هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ بِمَعْنَىٰ لَـٰكِنْ.

قوله: وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا، عن القذف، لأنَّ فيه معنى الزجر لأنه يؤلم قلبه، كما أنَّ الجلد يؤلم بدنه، وقد آذاه بلسانه فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاءً وفاقًا فيبقىٰ بعد التوبة كأصله وهو الجلد، لأنَّ رد شهادته من تمام حدِّه، وأصل الحدِّ لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمِّم له، بخلاف المحدود في غير القذف، لأنَّ الرد ثمَّة للفسق ولم يبق بالتوبة، إذ التائبُ من الذنب كمن لا ذنبَ له.

قوله: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَأُولَـٰئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾، لأنه للاستيناف لأنَّ ما قبله أمر ونَهي فوِّضا إلى الآية، وهذه جملة اسمية إخبارٌ عن حالٍ قائمةٍ فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفةً فانصرف الاستثناء إلىٰ هذه الجملة فحسبُ،

(وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ لِلْكَافِرِ شَهَادَةً فَكَانَ رَدُّهَا مِنْ تَمَامِ الحَدِّ، وَبِالْإِسْلَامِ حَدَثَتْ لَهُ شَهَادَةٌ أُخْرَىٰ، بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ أَصْلًا فَتَمَامُ حَدِّهِ يَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَعْدَ العِتْقِ. قَالَ: (وَلَا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلَا الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَلَا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ وَلَا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَلَا المَوْلَىٰ لِعَبْدِهِ وَلَا الأَجِيرِ لِمَنِ اسْتَأْجَرَهُ» وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَ الأَوْلَادِ وَالآبَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ أَدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ فَتَكُونُ شَهَادَةً لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ تَتَمَكَّنُ فِيهِ التُّهْمَةُ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ عَلَىٰ مَا قَالُوا التِّلْمِيذُ الخَاصُّ الَّذِي يَعُدُّ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ، وَهُوَ مَعْنَىٰ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ البَيْتِ» وَقِيلَ المُرَادُ الأَجِيرُ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُيَاوَمَةً فَيَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ عِنْدَ أَدَاءِ

أو هو استثناءٌ منقطعٌ بمعنى لكن، لأنَّ التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه: لكن الذين تابوا فإنَّ الله يغفر ذنوبَهم ويرحمهم، فكان كلامًا مبتدأً غير متعلق بما قبله.

قوله: وَلَا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ، أي لو كان للعبد شهادةً لَمَا قبلت شهادته لسيِّده للتهمة، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادةَ للقانع بأهل البيت» والقانعُ السائلُ من القنوع لا من القناعة، وأراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والأجير ونحوه، لأنه بمنزلة السائل يطلبُ معاشه منهم.

الشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تُقْبَلُ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةٌ وَالْأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ وَلِهٰذَا يَجْرِي القِصَاصُ وَالْحَبْسُ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ لِثُبُوتِهِ ضِمْنًا كَمَا فِي الغَرِيمِ إِذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ المُفْلِسِ. وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً وَهُوَ المَقْصُودُ فَيَصِيرُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ يَصِيرُ مُتَّهَمًا، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الغَرِيمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَى المَشْهُودِ بِهِ. (وَلَا شَهَادَةُ المَوْلَىٰ لِعَبْدِهِ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ أَوْ مِنْ وَجْهٍ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ الحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَىٰ (وَلَا لِمُكَاتَبِهِ) لِمَا قُلْنَا. (وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ لِاشْتِرَاكِهِمَا، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا تُقْبَلُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ. (وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الأَخِ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ) لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ وَمَنَافِعَهَا مُتَبَايِنَةٌ وَلَا بُسُوطَةَ لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ البَعْضِ.

قوله: بِخِلَافِ شَهَادَةِ الغَرِيمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَى المَشْهُودِ بِهِ، أي لا يثبتُ له الولاية في المشهود به بالقضاء، والغريم إذا ظَفَر بجنس حقه من مال مديونه له أن يأخذه، وذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمةَ.

قوله: لِأَنَّ الحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَىٰ، أي لأنَّ حال العبد موقوفةٌ بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم في دينهم فيصير أجنبيًا فتقبل شهادة المولىٰ له، أو يبقى للمولىٰ كما كان

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُخَنَّثِ) وَمُرَادُهُ الْمُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الْأَفْعَالِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لِينٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسُّرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ. (وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ) لِأَنَّهُمَا يَرْتَكِبَانِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَىٰ عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّائِحَةُ وَالْمُغَنِّيَةُ» (وَلَا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ) لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مُحَرَّمَ دِينِهِ. (وَلَا مَنْ يَلْعَبُ

بسبب قضائه دينه، ولا لمكاتبه لما قلنا أي لأنه شهادةٌ لنفسه من وجهٍ.

قوله: وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ، ولم يرد به التي تنوحُ علىٰ مصيبتها، وفي المستصفى: واعلم أنَّ التغني حرامٌ في جميع الأديان، فقال في الزيادات: وإذا أوْصىٰ بما هو معصيةٌ عندنا وعند أهل الكتاب، وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات، وحُكِي عن ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالىٰ أنه قال: من قال لمقرئ زماننا أحسنتَ عند قراءته يُكفَّر.

قوله: وَلَا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ، أطْلَق الشُّرب على اللَّهو في حقِّ المشروب ليتناولَ جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما، فإنَّ الإدمان شرطٌ في الخمر أيضًا، وفي فتاوىٰ قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر، ثم قال: وإنَّما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتَّهم بشُرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرةً، وإنَّما يبطل إذا ظَهَر ذلك أو يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لأنَّ مثله لا يحترز عن الكذب، وفي الذخيرة: ولا تجوز شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرةٌ، ثم شرط الإدمان ولم يرد به الإدمان في الشرب وإنَّما أراد به الإدمان في النية، يعني يشرب ومن نيته أنه يشرب بعد ذلك إذا وجده، ولا يجوز شهادة مدمن السكر وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر، لأنَّ المحرم في سائر الأشربة السكر فشرط الإدمان على الشرب، ولا من يغني للناس، وإنَّما قيَّد بقوله: للناس، لأنه

بِالطُّيُورِ) لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَىٰ سَطْحِهِ لِيُطَيِّرَ طَيْرَهُ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ وَهُوَ المُغَنِّي (وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ) لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ. (وَلَا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ) لِلْفِسْقِ.

قَالَ: (وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ مِنْ غَيْرِ مِئْزَرٍ) لِأَنَّ كَشْفَ العَوْرَةِ حَرَامٌ. (أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا أَوْ يُقَامِرُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ) . لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مِنَ الكَبَائِرِ، وَكَذٰلِكَ مَنْ تَفُوتُهُ الصَّلَاةُ لِلِاشْتِغَالِ بِهِمَا، ..........................

إذا تغنَّىٰ بحيثُ لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لإزالة الوحشة قبلت شهادته، ولا يقال: أنَّ فيه تكرارًا بعد ذكر المغنية قبل هذا، لأنا نقول: ذلك مخصوصٌ بالمرأة وهذا عامٌ، ولأنَّ الأول في تغني المرأة مطلقًا لأنَّ رفع الصوت فيها حرامٌ، خصوصًا إذا كان مع الغناء، وهذا في التغني للناس.

قوله: وَلَا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ، واختلفوا في تفسير الكبيرة، قال بعضهم: هيَ السبع التي ذكرها رسول الله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف وهو: الإشراك بالله، والفرار من الزَّحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حقٍّ، ولهب المؤمن، والزنا، وشرب الخمر، وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث، وزاد بعضهم علىٰ هذه السبع أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حقٍّ، وقال بعضهم: ما كان حرامًا لعينه فهو كبيرةٌ، وأصحُّ ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ أنه قال: ما كان شنيعًا بين المسلمين وفيه هتكُ حرمة الله تعالىٰ والدين فهو من جملة الكبائر، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحثُّ عليها من جملة الكبائر، فوجب سقوط العدالة، كذا في الذخيرة.

فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا. وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ أَنْ يَكُونَ آكِلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَلَّمَا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ العُقُودِ الفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذٰلِكَ رِبًا. قَالَ: (وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ كَالْبَوْلِ عَلَى الطَّرِيقِ وَالْأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ) لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمُرُوءَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِ عَنْ مِثْلِ ذٰلِكَ

قوله: فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ، وفي الذخيرة: ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج، لكن يشترط انضمام إحدى المعانِي الثلاثة إذا قامر عليه أو شغله عن الصلاة، أو أكثر الحلف عليه بالكذب والباطل، لأنَّ هذه الأشياء الثلاثة من الكبائر، ومن يلعب بالنَّرد فهو مردود الشهادة علىٰ كل حالٍ، قال عليه الصلاة والسلام: «ملعونٌ من لعب بالنرد» ومن كان ملعونًا كيف يكون عدلًا.

قوله: لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا، قال مالكٌ والشافعي رحمهما الله تعالىٰ: يحلُّ اللعب بالشطرنج.

قوله: وَالْأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ، يعني به مجرى الناس، وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: ولا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس، لأنَّ ذلك لا يفعل من كان له مروَّةٌ، ولا تقبل شهادة من يظهر سبَّ السلف، وفي المستصفىٰ: السلف جمع سالف وهو الماضي، وفي الشرع اسم لكل من يُقلد مذهبه ويُقتفىٰ أثره كأبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالىٰ، فإنَّهم سلفاء، والصحابة والتابعون سلف لأبي حنيفة وأصحابه، كذا ذكره بدر الدين، وفي الذخيرة: قال أبو يوسف: لا أجيز شهادة من يشتمُّ أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام، لأنه لو شتمَ واحدًا من الناس لا تجوز شهادته فههنا أوْلىٰ، وتقبل شهادة أهل الأهواء، الهوىٰ ميلان النفس إلىٰ ما يستلذُّ به من الشهوات، إنَّما سمُّوا

لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الكَذِبِ فَيُتَّهَمُ. (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ) لِظُهُورِ فِسْقِهِ بِخِلَافِ مَنْ يَكْتُمُهُ. (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِلَّا الخَطَّابِيَّةَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وُجُوهِ الفِسْقِ. وَلَنَا أَنَّهُ فِسْقٌ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ وَمَا أَوْقَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدَيُّنُهُ بِهِ وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ المُثَلَّثَ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذٰلِكَ، بِخِلَافِ الفِسْقِ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي. أَمَّا الخَطَّابِيَّةُ فَهُمْ مِنْ غُلَاةِ

به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم، فإنَّ أصول الأهواء ستة: الجبر، والقدر، والرفض، والخروج، والتشبيه، والتعطيل، ثمَّ كل واحد يصير اثني عشر فرقةً فيبلغ إلى اثنين وسبعين فرقةً، وفي الذخيرة: وشهادة أهل الأهواء مقبولةٌ عندنا إذا كان هوًى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا ويكون عدلًا في تعاطيه وهو الصحيح، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا تقبل شهادة أهل الهواء لأنَّهم فسقة، إذ الفسق اعتقادًا أغْلَظ منه تعاطيًا ولا شهادة للفاسق، ولنا أنَّ الفاسق إنَّما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب، والفسق من حيث الاعتقاد لا يدلُّ على ذلك، لأنه إنَّما وقع في الهوىٰ للتعمق في الدين، ألا ترىٰ أنَّ منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرًا فيكون ممتنعًا عن الكذب، كمن تناول المثلث أو متروك التسمية عمدًا معتقدًا إباحته فإنه لا يصير به مردود الشهادة.

قوله: إِلَّا الخَطَّابِيَّةَ، الخطابية قومٌ من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد ابن أبي وهب الأجذع، وكان يزعم أن عليًّا الإله الأكبر، وجعفر ابن محمد الصادق الإله الأصغر، فطرده جعفر فادَّعىٰ في نفسه أنه إلٰه، وزعم اتباعه أنَّ جعفرًا إلٰه وأبو الخطاب أعظم منه، وهم كانوا يدينون لشهادة الزُّور لموافقيهم علىٰ مخالفيهم، وقيل يعتقدون الشهادة لمن حَلَف عندهم أنه محقٌّ ويقولون: المسلم لا يحلف كاذبًا، فتتمكَّن شبهة

الرَّوَافِضِ يَعْتَقِدُونَ الشَّهَادَةَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ. وَقِيلَ يَرَوْنَ الشَّهَادَةَ لِشِيعَتِهِمْ وَاجِبَةً فَتَمَكَّنَتِ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ). وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤] فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ، وَلِهٰذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ. وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَجَازَ شَهَادَةَ النَّصَارَىٰ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ، وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ جِنْسِهِ، وَالْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ لِأَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَا يَعْتَقِدُهُ مُحَرَّمَ دِينِهِ، وَالْكَذِبُ مَحْظُورُ الأَدْيَانِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ، وَمِلَلُ الْكُفْرِ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ فَلَا يَحْمِلُهُمُ الغَيْظُ عَلَى التَّقَوُّلِ.

الكذب في شهادتِهم.

قو له: فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ، أي لا تقبل شهادة المرتدِّ لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما، وكذ الكافر.

قوله: وَمِلَلُ الكُفْرِ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ، جوابٌ لِمَا يُقال: كما أنَّ بين المسلم والذمي معاداةٌ فكذلك بين اليهود والنصارىٰ، وكذا بينهم وبين المجوس، فكان ينبغي

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ) أَرَادَ بِهِ وَاللهُ أَعْلَمُ المُسْتَأْمَنُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَىٰ حَالًا مِنْهُ، (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عَلَيْهِ كَشَهَادَةِ المُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى الذِّمِّيِّ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ المُسْتَأْمَنِينَ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الوِلَايَةَ وَلِهٰذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثَ، بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا كَذٰلِكَ المُسْتَأْمَنُ.

أن يكون اختلاف الملل مانعًا، فقال: وإن اختلفت مللهم لم يصر بعضهم مقهور بعضهم ليحملهم ذلك على التقول، بخلاف الكفار فهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على التقول عليهم.

قوله: أَرَادَ بِهِ وَاللهُ أَعْلَمُ المُسْتَأْمَنُ، وإنَّما قيَّد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربيِّ على الذميِّ لِمَا أنَّ الشهادةَ إنَّما تكون في مجلس القضاء، ومن شرط القضاء المصير في دار الإسلام، ولو دخل حربيٌّ في دار الإسلام بغير استئمانٍ يؤخذ قهرًا فيسترَقُّ فتكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد علىٰ أحدٍ.

قوله: لِأَنَّ الذِّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَىٰ حَالًا مِنْهُ، أي أقرب إلىٰ أهل الإسلام لأنه قبل ما هو خلف الإسلام هو الحرية، ولأنه صار محقون الدم على التأبيد، ولهذا يقتل المسلمُ بالذميِّ قصاصًا ولا يقتل المسلم بالمستأمن.

قوله: بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا كَذٰلِكَ المُسْتَأْمَنُ، مُتَّصل بقوله: وإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل، أي شهادة أهل الذمة بعضهم علىٰ بعض مقبولة وإن كانوا من منعات مختلفةٍ، لأنَّهم صاروا من أهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع إلىٰ

(وَإِنْ كَانَتِ الحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ) هٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ العَدَالَةِ المُعْتَبَرَةِ، إِذْ لَا بُدَّ مِنْ تَوَقِّي الكَبَائِرِ كُلِّهَا وَبَعْدَ ذٰلِكَ يُعْتَبَرُ الغَالِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَأَمَّا الإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةٍ لَا تَنْقَدِحُ بِهِ العَدَالَةُ المَشْرُوطَةُ فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ المَشْرُوعَةُ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ اجْتِنَابِهِ الكُلِّ سَدَّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ إِحْيَاءً لِلْحُقُوقِ.

دار الحرب، فلمَّا كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولةٌ علىٰ أهل الذمة كلهم وإن كانوا من منعاتٍ مختلفةٍ، فكذا شهادة بعضهم على البعض لِمَا أنَّ دار الإسلام لا تختلف باختلاف المنعة، بخلاف المستأمنين حيث لا تقبلُ شهادة بعضهم علىٰ بعض إذا كانوا من أهل الدارين كالروم والترك، لأنَّ الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث، فإن قيل: الذميُّ مع المستأمن مختلفان دارًا وقد قبلت شهادته على المستأمن؟ قلنا: الذميُّ لعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذا شهادته على المستأمن، بخلاف الرومي والتركي لاستوائهما وقد اختلفت الدار فامتنع القبول.

قوله: وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ، حُكِي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ أنه قال: الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر، ولا يخلون عن اتيان ما هو مأذونٌ به في الشرع فيعتبر في ذلك الغالب، يريدُ به في حقِّ الصغائر، فإن كان غالب أحواله أنه يأتِي بما هو مأذونٌ به في الشرع ويحترز عمَّا لا يحلُّ في الشرع من الصغائر كان جائز الشهادة بعد أن تحرز عن كلِّ الكبائر، وإن كان غالبُ أحواله أنه لا يحترز من الصغائر لا يكون جائز الشهادة.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ) لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْعَدَالَةِ إِلَّا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالدِّينِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بِهٰذَا الصَّنِيعِ عَدْلًا (وَالْخَصِيِّ) لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ قُطِعَ عُضْوٌ مِنْهُ ظُلْمًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ. (وَوَلَدِ الزِّنَا) لِأَنَّ فِسْقَ الأَبَوَيْنِ لَا يُوجِبُ فِسْقَ الوَلَدِ كَكُفْرِهِمَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ فِي الزِّنَا لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ كَمِثْلِهِ فَيُتَّهَمُ. قُلْنَا: العَدْلُ لَا يَخْتَارُ ذٰلِكَ وَلَا يَسْتَحِبُّهُ، وَالْكَلَامُ فِي العَدْلِ.

قَالَ: (وَشَهَادَةُ الخُنْثَىٰ جَائِزَةٌ) لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوِ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الجِنْسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ. (وَشَهَادَةُ العُمَّالِ جَائِزَةٌ) وَالْمُرَادُ عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ، لِأَنَّ نَفْسَ العَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَى

قوله. وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ، وعن ابن عباس رضي الله تعالىٰ عنه: لا تقبل شهادته، وإنَّما تقبل عندنا إذا ترك بعذر الكبر أو خوف الهلاك، فإن ترك على وجه الإعراض عن السنة والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لأنه لم يبقَ عدلًا.

قوله: وَشَهَادَةُ الخُنْثَىٰ جَائِزَةٌ، وفي الخزانة: والخنثى المشكل لا يشهد مع رجلٍ ولا مع امرأةٍ، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل.

قوله: وَالْمُرَادُ عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ، وهم الذين يعينون السلطانَ في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما، وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأنَّ من الناس من قال: لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنَّما أَوْرَد هذه المسئلة ردًّا لقول ذلك القائل، لأنَّ كسبهم أطْيَب الكسب علىٰ ما وَرَدَ في الحديث «أفضل الناس

الظُّلْمِ. وَقِيلَ العَامِلُ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ لَا يُجَازِفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الفَاسِقِ، لِأَنَّهُ لِوَجَاهَتِهِ لَا يَقْدُمُ عَلَى الكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ وَلِمَهَابَتِهِ لَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الكَاذِبَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ وَالْوَصِيُّ يَدَّعِي ذٰلِكَ فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ أَنْكَرَ الوَصِيُّ لَمْ يَجُزْ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ إِنِ ادَّعَىٰ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا شَهِدَ المُوصِي لَهُمَا بِذٰلِكَ أَوْ غَرِيمَانِ لَهُمَا عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَىٰ إِلَىٰ هٰذَا الرَّجُلِ مَعَهُمَا. وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ إِذَا كَانَ طَالِبًا وَالْمَوْتُ مَعْرُوفٌ، فَيَكْفِي القَاضِي بِهٰذِهِ الشَّهَادَةِ مُؤْنَةَ التَّعْيِينِ لَا

عند الله من يأكل من كسب يده» فلا يوجب ذلك جرحًا.

قوله: وَجْهُ القِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، وهذا لأنَّ الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصبَ من يقوم مقامهما في إحياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يستوفيان منه حقَّهما أو يبرآن بالدفع إليه، والوصيان قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصىٰ لهما قصدًا نصب من يدفع إليه حقوقهما.

قوله: مُؤْنَةَ التَّعْيِينِ، لأنَّ القاضي يلزمه أن يتأمَّل في هذا الوصي أنه هل يصلح للوصية لأمانته وديانته وهدايته أم لا يصلح؟ وهما بهذه الشهادة زكّياه وأخبر القاضي بأنه أهلٌ لذلك فكفىٰ مؤنة التعيين فصار كالقرعة فإنَّها ليست بحجةٍ، ويجوز استعمالها في

أَنْ يَثْبُتَ بِهَا شَيْءٌ فَصَارَ كَالْقُرْعَةِ وَالْوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا يَمْلِكُ الْقَاضِي نَصْبَ ثَالِثٍ مَعَهُمَا لِعَجْزِهِمَا عَنِ التَّصَرُّفِ بِاعْتِرَافِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَا وَلَمْ يَعْرِفِ الْمَوْتَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ نَصْبِ الْوَصِيِّ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ الْمُوجِبَةُ، وَفِي الْغَرِيمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْتُ مَعْرُوفًا لِأَنَّهُمَا يُقِرَّانِ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمَا فَيَثْبُتُ الْمَوْتُ بِاعْتِرَافِهِمَا فِي حَقِّهِمَا (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا الْغَائِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالْكُوفَةِ فَادَّعَى الْوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْغَائِبِ، فَلَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ.

تعيين الأنصباء لدفع التُّهمة عن القاضي.

قوله: وَالْوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا، جوابٌ لِمَا يُقال: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب وصيٍّ آخر على الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فتمكَّن التهمة في الشهادة، فأجاب أنَّ الوصيين إذا أقرَّا أنَّ معهما ثالثًا يملك القاضي نصبَ ثالث معهما لعجزهما عن التصرُّف باعتِرافهما، بخلاف ما إذا كان الوصيُّ جاحدًا لأنَّ القاضي ليسَ له إجبار أحدٍ علىٰ قبول الوصاية، وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهرًا لأنه حينئذٍ لم يكن له ولاية نصب الوصي إلا بِهذه البينة، فتصير الشهادة موجبةً فبطل بمعنى التهمة، وفي الغريمين للميت عليهما دينٌ تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفًا قيل معنى القبول أمر القاضي إيَّاهما بأداء ما عليهما إليه لا براءتُهما عن الدين بِهذا الأداء لأن استيفاء الدين منهما حقٌّ عليهما فيُقبل فيه والبَراءة حقٌّ لهما فلا تقبل فيها.

قَالَ: (وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَىٰ جَرْحٍ وَلَا يَحْكُمُ بِذٰلِكَ) لِأَنَّ الفِسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ لِأَنَّ لَهُ الدَّفْعَ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الإِلْزَامُ، وَلِأَنَّهُ هَتْكُ السِّرِّ وَالسَّتْرُ وَاجِبٌ وَالْإِشَاعَةُ حَرَامٌ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ ضَرُورَةَ إِحْيَاءِ الحُقُوقِ وَذٰلِكَ فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ (إِلَّا إِذَا شَهِدُوا عَلَىٰ إِقْرَارِ المُدَّعِي بِذٰلِكَ تُقْبَلُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَىٰ جَرْحٍ مُجَرَّدٍ، وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ لِأَنَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ فِي ذٰلِكَ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ، حَتَّىٰ

قوله: وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَىٰ جَرْحٍ، أي على الجرح المجرَّد وهو ما يتضمَّن لفسق الشهود من غير أن يتضمَّن إيجاب حق من حقوق الشرع أو حقٍّ من حقوق العباد، نحو أن يشهدوا أنَّ شهود المدَّعي فسقة، أو زناة، أو أكلة الربا، أو شربة خمر، أو علىٰ إقرارهم أنَّهم شهدوا بالزور، أو علىٰ إقراراتِهم إجراءً في أداء هذه الشهادة، أو علىٰ إقرارهم أنَّ المدعي مبطلٌ في هذه الدَّعوىٰ، أو علىٰ إقرارهم أنه لا شهادةَ لهم على المدَّعىٰ عليه في هذه الحادثة، وإنما لا تقبل لأنَّ البينة إنَّما تقبل علىٰ ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه، والفسق ممَّا لا يدخل تحت الحكم وليسَ في وسع القاضي إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة، ولأنَّ الشاهدَ بِهذه الشهادة صار فاسقًا لأنَّ فيها إشاعة الفاحشة بلا ضرورةٍ، وهيَ حرامٌ بالنصِّ والمشهودُ به لا يثبت بشهادة الفاسق، ولا يقال: أنَّ فيه ضرورة وهيَ كفُّ الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا» لأنه لا ضرورةَ إلىٰ أداء هذه الشهادة علىٰ ملأٍ من الناس، ويمكنه كفُّه عن الظُّلم باخبار القاضي بذلك سرًّا، إلا إذا شهدوا علىٰ إقرار المدَّعي أنَّهم فسقةٌ، أو

لَوْ أَقَامَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ لِيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمُ العَشَرَةَ مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ تُقْبَلُ، لِأَنَّـهُ خَصْمٌ فِي ذٰلِكَ ثُمَّ يَثْبُتُ الجَرْحُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَىٰ أَنِّي صَالَحْتُ الشُّهُودَ عَلَىٰ كَذَا مِنَ المَالِ. وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهٰذَا البَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالَبَهُمْ بِرَدِّ ذٰلِكَ المَالِ، وَلِهٰذَا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ المُدَّعِي تُقْبَلُ.

شهدوا بزورٍ أو نحوه، لأنَّهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة وإنَّما حكوا إظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين، فيثبت المشهود به، وكذا الإقرار ممَّا يدخل تحت الحكم ويقدِّر القاضي على الإلزام لأنه لا يرتفع بالتوبة.

قوله: وَلِهٰذَا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ، إذا كان فيه خصمٌ ثمَّ يثبت الجرحُ بناءً عليه، قلنا إنه لو أقام البينة أنَّ الشاهد عبدٌ تقبل لأنَّ الرقَّ حقُّ الله تعالىٰ، أو محدود في قذفٍ لأنَّ فيه إحياء حقِّ الله تعالىٰ وهو ردُّ الشهادة وأنه من تمام الحدِّ، أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ، ولم يتقادم العهدَ لأنَّ فيه إحياء حقِّ الله تعالىٰ وهو الحدُّ، أَوْ قَاذِفٌ، والمقذوف يدَّعي لأنَّ فيه إثبات الحدِّ وفيه حقان والمغلَّبُ حقُّ الله تعالىٰ، أَوْ شَرِيكُ المُدَّعِي، أي يشهد بمالٍ مشتَرَكٍ فتثبت التهمة والشهادة تردُّ بالتهمة، فإن قيل: ينبغي أن يقبل الشهودَ في الجرح المجرَّد لأنه في معنى التزكية علانيةً، قلنا: في هذه الشهادة نسبة الشهود إلى الفسق فيجب عليهم التعزير بِهذه الإشاعة فكان يمكنهم أن يخبروا القاضي بحال الشهود سرًّا، فلمَّا لم يفعلوا ذلك صاروا فسقةً بإشاعة الفاحشة من غير أن يثبتوا بِها حقًّا ولا يصلح الفاسق معدلًا.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّىٰ قَالَ أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ) وَمَعْنَىٰ قَوْلِهِ أُوهِمْتُ أَيْ أَخْطَأْتُ بِنِسْيَانِ مَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بِزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَىٰ بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ القَضَاءِ فَكَانَ العُذْرُ وَاضِحًا فَتُقْبَلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ عَدْلٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنِ المَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ أُوهِمْتُ، لِأَنَّهُ يُوهِمُ الزِّيَادَةَ مِنَ المُدَّعِي بِتَلْبِيسٍ وَخِيَانَةٍ فَوَجَبَ الِاحْتِيَاطُ، وَلِأَنَّ المَجْلِسَ إِذَا اتَّحَدَ لَحِقَ المُلْحَقُ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامٍ وَاحِدٍ،

قوله: وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّىٰ قَالَ أُوهِمْتُ - في - بَعْضَ شَهَادَتِي، قيل: معنى قوله: أوهمتُ في بعض شهادتِي، أن يكون غلطًا في المقدار أو في الجنس أو في السبب، ثمَّ قيل: يقضىٰ بجميع ما شهد لأنَّ ما شهد صار حقًّا للمدَّعي على المدَّعىٰ عليه ولا يبطل لقوله: أوهمتُ، وقيل: يقضىٰ بما بقي حتَّىٰ لو شهد بألفٍ وقال: غلطتُّ بخمس مائة بل هو خمس مائة، يقضىٰ عليه بخمس مائة لأنَّ ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، ولو شهد بخمس مائة لا يقضىٰ بألفٍ كذا هذا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا شهد شاهدان لرجلٍ بشهادةٍ ثمَّ زاد فيها قبل القضاء أو بعد القضاء وقالا أوْهمنا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما، وروىٰ بِشرٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في رجلٍ شَهد عند القاضي بشهادةٍ ثمَّ يجيء بعد ذلك وقال: شككتُ في كذا وكذا في شهادتِي التي شهدتُّ بِها، فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته فيما بقي، وإذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تُهمةٌ، وكذا قوله: رجعتُ عن شهادتِي في كذا وكذا من هذا المال، أو غلطتُ، أو نسيتُ فهو مثل قوله: قد شككتُ.

وَلَا كَذٰلِكَ إِذَا اخْتَلَفَ. وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ وَهٰذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الكَلَامِ أَصْلًا مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَىٰ ذٰلِكَ وَإِنْ قَامَ عَنِ المَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ المَجْلِسِ إِذَا كَانَ عَدْلًا، وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ، بأن يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي، أو على العكس، أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ، بأن يذكر محمَّد بن أحمد ابن عُمر مكان محمد بن علي بن عُمر مثلًا، أي تقبل إذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده.

قوله: وَهٰذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، قال في النهاية: أي موضع شبهة التلبيس من المدَّعي أو المدَّعىٰ عليه، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ، أي موضع شبهةٍ، فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الكَلَامِ أَصْلًا مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَىٰ ذٰلِكَ، بأن ترك ذكر اسم المدَّعي أو المدَّعىٰ عليه أو ترك الإشارة إلى المدَّعي والمدَّعىٰ عليه، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ: يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلًا، الأوَّل هو الظاهر.

# بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ: (الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَىٰ قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَىٰ فِي حُقُوقِ العِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَقَدْ وُجِدَتْ فِيمَا يُوَافِقُهَا وَانْعَدَمَتْ فِيمَا يُخَالِفُهَا.

## باب الاختلاف في الشهادة

قوله: لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَىٰ فِي حُقُوقِ العِبَادِ شَرْطُ، قيَّد بحقوق العباد لأنه لا يشترط في حقوق الله تعالىٰ تقدُّم الدعوىٰ لقبول الشهادة، لأنَّ كل أحد خصم في إثبات حقِّ الله تعالى لأنه واجب الرعاية علىٰ كل أحد، فصار كأنَّ الدعوىٰ موجودةٌ وحقُّ الإنسان يتوقَّف علىٰ مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه، فإذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدَّعي مطالبة ما يشهد به الشهود فتقبل، وإذا خالفتها لم يوجد من المدَّعي مطالبة ما شهد به الشهود فلم تقبل، ويعتبر اتفاق الشاهدين لأنَّ القضاء إنَّما يجوز بحجةٍ وهيَ شهادة المثنَّىٰ فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة، واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرطٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والمراد باتفاقهما لفظًا تطابقُ لفظيهما علىٰ إفادة المعنىٰ بطريق الوضع لا بطريق التضمن، فإن شهد أحدهما بألفٍ والآخر بألفين لا تقبل الشهادة عنده، كما لو شهدَ أحدهما بدراهم والآخر بدنانير، وهذا لأنَّ لفظ الألفين غير لفظ الألف، وما يُراد بالألفين غير ما يُراد بالألف فلم يثبت واحدٌ من اللفظين، لأنه ليسَ علىٰ كلِّ واحد من اللفظين إلا شهادةٌ واحدةٌ، فإن قيل: الألف موجودٌ في الألفين، قلنا: نعم إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه، فإذا لم يثبت المتضمِّن كيف يثبت ما في ضمنه، ألا ترىٰ أنه لو شهد أحدهما أنه قال

قَالَ: (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ عَلَى الأَلْفِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي يَدَّعِي الأَلْفَيْنِ) وَعَلَىٰ هٰذَا المِائَةُ وَالْمِائَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالثَّلَاثُ. لَهُمَا أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ أَوِ الطَّلْقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا فَصَارَ كَالْأَلْفِ وَالْأَلْفِ وَالْخَمْسِمِائَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذٰلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ المَعْنَىٰ لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ بِاللَّفْظِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَلْفَ لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الأَلْفَيْنِ بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ فَحَصَلَ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ وَالْآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ) لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ

---

لامرأته: أنتِ خليةٌ، وشهد آخر أنه قال لها: أنتِ برية، لا يثبتُ شيءٌ، وإن اتفقا في المعنىٰ وفيما إذا شهد أحدهما بالألف والآخر بالألفين تقبل إن وقع الدَّعوىٰ في ألفين، بأن كان في كيسةٍ ألفا درهم فشهدَ أحدهما أنَّ جميع ما في الكيس له وهو ألفا درهمٍ، وشهد آخر بأنَّ نصف ما في الكيس له وهو ألف درهم، قبلت شهادتُهما لأنَّ ذكر المقدار في المشار إليه مستغنًى عنه.

قوله: بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ، أي كلمتان متباينتان، وتسميته جملةً لأنَّ مدلول كلِّ واحد منهما جملةٌ مغايرةٍ لجملة هي مدلول الآخر.

عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنًىٰ، لِأَنَّ الأَلْفَ وَالْخَمْسَمِائَةِ جُمْلَتَانِ عُطِفَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَىٰ وَالْعَطْفُ يُقَرِّرُ الأَوَّلَ وَنَظِيرُهُ الطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَةُ وَالنِّصْفُ وَالْمِائَةُ وَالْمِائَةُ وَالْخَمْسُونَ، بِخِلَافِ العَشَرَةِ وَالْخَمْسَةَ عَشَرَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ فَهُوَ نَظِيرُ الأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ (وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الأَلْفُ فَشَهَادَةُ الَّذِي شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ كَذَّبَهُ الْمُدَّعِي فِي المَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا سَكَتَ إِلَّا عَنْ دَعْوَى الأَلْفِ لِأَنَّ التَّكْذِيبَ ظَاهِرٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ قَالَ كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ وَلٰكِنِّي اسْتَوْفَيْتُ خَمْسَمِائَةٍ أَوْ أَبْرَأْتُهُ عَنْهَا قُبِلَتْ لِتَوْفِيقِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَا بِأَلْفٍ وَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِالْأَلْفِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ (وَلَمْ يُسْمَعْ قَوْلُهُ إِنَّهُ قَضَاهُ) لِأَنَّهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَقْضِي بِخَمْسِمِائَةٍ، لِأَنَّ شَاهِدَ القَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لَا دَيْنَ إِلَّا خَمْسُمِائَةٍ. وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا. قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ) إِذَا عَلِمَ بِذٰلِكَ (أَنْ لَا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّىٰ يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَمِائَةٍ) كَيْ لَا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ. (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ

---

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ التَّوْفِيقِ، هذا جوابُ الاستحسان، والقياس أن تقبل لإمكان التوفيق.

قوله: وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا، وهو قوله: لاتفاقهما عليه.

بِقَرْضٍ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَدْ قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى القَرْضِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالْقَضَاءِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ المُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ القَضَاءِ. قُلْنَا: هٰذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ المَشْهُودِ بِهِ الأَوَّلِ وَهُوَ القَرْضُ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ القَبُولَ.

قوله: قُلْنَا: هٰذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ المَشْهُودِ بِهِ الأَوَّلِ وَهُوَ القَرْضُ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ القَبُولَ، بيانه أنَّ الشاهدين إذا شهدا لإنسانٍ بمالٍ ثمَّ شهدا عليه بمالٍ لإنسانٍ آخر فكذبَهما المشهود عليه الذي هو المشهود له أوَّلًا يقضىٰ له بما شهدا له وإن كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه، لأنَّ هذا تفسيقٌ عن اضطرارٍ والموجب للردِّ هو التفسيق عن اختيار، وكذلك لو شهد الشاهدان لرجلٍ علىٰ رجلٍ بألف درهمٍ ومائة دينارٍ فكذبَهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتَهما علىٰ ألف درهمٍ، ثمَّ ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته له، ولو شهد شاهدان أنه قتل زيدًا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين، وإن اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء، والطلاق، والعتق، والوكالة، والوصية، والرهن، والدَّين، والقرض، والبراءة، والكفالة، والحوالة، والقذف تقبل، وإذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبلُ، والأصل إن كان المشهود به قولًا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأنَّ القول ممَّا يُعاد ويكرَّر، وإن كان المشهود به فعلًا كالغصب ونحوه، أو قولًا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح، فإنه قولٌ وحضور الشاهدين فعلٌ وهو شرطٌ، فاختلافهما في المكان أو الزمان يمنع القبول، فإنَّ الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به، ثمَّ

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ) لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَىٰ مِنَ الأُخْرَىٰ (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضَىٰ بِهَا ثُمَّ حَضَرَتِ الأُخْرَىٰ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ الأُولَىٰ تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالثَّانِيَةِ. (وَإِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا بَقَرَةً وَقَالَ الآخَرُ ثَوْرًا لَمْ يُقْطَعْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: لَا يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا، وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابَهَانِ كَالسَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ لَا فِي السَّوَادِ وَالْبَيَاضِ، وَقِيلَ هُوَ فِي جَمِيعِ الأَلْوَانِ. لَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ فِي السَّوْدَاءِ غَيْرُهَا فِي البَيْضَاءِ فَلَمْ يَتِمَّ عَلَىٰ كُلِّ فِعْلٍ

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: إذا اختلف شاهدا القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل شهادتَهما وإن كان قولًا، لأنَّ كل واحد منهما إن كان إنشاءً فهما غيران وليس على كل قذفٍ شاهدان، وإن كان أحدهما إنشاءً والآخر إخبارًا فهما لا يتفقان، لأنَّ الإنشاء أن تقول: زنيتُ، أو: أنت زانٍ، والإخبار أن يقول: قذفتكَ بالزنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: يحتمل أنه سمع أحدهما الإنشاء والآخر الإقرار، أو كلاهما الإقرار، وثبتَ عندهما قذفه فهما شهدا به.

قوله: وَإِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ - إلىٰ قوله - وَقَالَا: لَا يُقْطَعُ، وهذا الخلاف فيما إذا كان المدَّعي يدعي سرقة بقرةٍ فقط، وأمَّا إذا ادَّعىٰ سرقة بقرةٍ بيضاءَ أو سوداءَ لا تقبل شهادتَهما بالإجماع، لأنه كذب أحد الشاهدين.

نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالْغَصْبِ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّ أَمْرَ الحَدِّ أَهَمُّ وَصَارَ كَالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ. وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِي اللَّيَالِي مِنْ بَعِيدٍ وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ فَيَكُونُ السَّوَادُ مِنْ جَانِبٍ وَهٰذَا يُبْصِرُهُ وَالْبَيَاضُ مِنْ جَانِبٍ آخَرَ وَهٰذَا الآخَرُ يُشَاهِدُهُ، بِخِلَافِ الغَصْبِ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ عَلَىٰ قُرْبٍ مِنْهُ، وَالذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدَةٍ، وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ فَلَا يَشْتَبِهُ.

قوله: وَصَارَ كَالْغَصْبِ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّ أَمْرَ الحَدِّ أَهَمُّ، أي الحدُّ أعْسَر في الإثبات من الغصب، لأنَّ الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة، ولا كذلك الحدُّ، فلمَّا لم يثبت الغصب بهذه الشهادة أوْلىٰ أن لا يثبت الحدُّ.

قوله: وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ - إلىٰ قوله - وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ، فإن قيل: هذا احتيالٌ وطلبُ توفيقٍ لإثبات الحدِّ وهو القطع والحدُّ يحتال لدرئه لا لإثباته، قلنا: أنَّ القطع لا يُضاف إلىٰ إثبات الوصف لأنَّهما لم يكلفا نقله، فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق، وهذا لأنَّهما يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصابًا، فأمَّا اللون فلا، وإذا لم يكن القطع مضافًا إلىٰ بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصحُّ الإخبار به للإثبات إحياءً للحقوق بقدر الإمكان، والتوفيق ممكنٌ، وبهذا تبيَّن أنَّ الاختلاف فيما ليسَ من صلب الشهادة إذا كان علىٰ وجهٍ يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة، فإن قيل: لو كانت البقرة علىٰ هذين اللَّونين تسمَّىٰ بلقاء لا سوداء ولا بيضاء، قلنا: نعم ولكن في حقِّ من يعرف اللونين، أمَّا في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده علىٰ ذلك اللون.

قوله: وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَىٰ ذٰلِكَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ فَلَا يَشْتَبِهُ، أي الوقوف علىٰ صفة

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ عَبْدًا مِنْ فُلَانٍ بِأَلْفٍ وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ العَقْدُ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ فَاخْتَلَفَ المَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ العَدَدُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ المُدَّعِيَ يُكَذِّبُ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ وَكَذٰلِكَ إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ البَائِعَ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ المُدَّعِي أَقَلَّ المَالَيْنِ

الذُّكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منها، وعند ذلك لا يشتبه، فلا حاجةَ إلى التوفيق.

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ العَقْدُ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ، فإن قيل: المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لِمَا أنَّ الأسباب لا تراعىٰ لذاتِها وإنَّما هيَ وسيلةٌ للمقصود فكيف يكون إثبات السبب مقصودًا، قلنا: الحكم مقصودٌ في حقِّ الانتفاع حتَّىٰ إذا ثبت الحكم لا يجبُ السؤال عن سببه أنه بأيِّ سببٍ ثَبَت هذا، فإنَّ الشهادة بالملك المطلق صحيحٌ، ولكن لو ثَبَت الحكم لا يثبت إلَّا بسببٍ معيَّنٍ، وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حقِّ ذلك السبب المعيَّن فكان إثبات ذلك السبب المعيَّن مقصودًا للمدَّعي والشاهدين، حتى يثبت الحكم بناءً عليه لا أنه مقصودٌ بنفسه، وذكر شيخ الإسلام علاء الدين السمرقندي في شرح الجامع في آخر الباب من الإقرار الذي يختلف فيه المنطق: قال السيد الإمام إذا ادَّعى الشراء فشهد أحدهما بالشراء بألفٍ والآخر بالشراء بألفٍ وخمس مائةٍ تقبل، ولو اختلف الجنس بأن شهد أحدهما بالشراء بألف درهمٍ والآخر بالشراء بمائة دينارٍ لا تقبل، لأنَّ الشراء الواحد قد يكون بألفٍ ثم يصير بألف وخمس مائةٍ بأن يشتري بألفٍ ثم يزيدُ في الثمن خمس مائةٍ فقد اتَّفقا على الشراء الواحد، أمَّا الشراء الواحد فلا يكون شراءً بألف درهمٍ ثمَّ يصير شراءً بمائة دينارٍ، كذا في الفوائد الظهيرية.

أَوْ أَكْثَرَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذٰلِكَ الكِتَابَةُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ العَقْدُ إِنْ كَانَ المُدَّعِي هُوَ العَبْدَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هُوَ المَوْلَىٰ لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الأَدَاءِ فَكَانَ المَقْصُودُ إِثْبَاتَ السَّبَبِ (وَكَذَا الخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ عَلَىٰ مَالٍ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ المَرْأَةَ أَوِ العَبْدَ أَوِ القَاتِلَ) لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ العَقْدِ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَىٰ مِنْ جَانِبٍ آخَرَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوُجُوهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ العَفْوُ وَالْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الحَقِّ فَبَقِيَ الدَّعْوَىٰ فِي الدَّيْنِ وَفِي الرَّهْنِ، إِنْ كَانَ المُدَّعَىٰ هُوَ الرَّهْنَ لَا يُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ فَعَرِيَتِ الشَّهَادَةُ عَنِ الدَّعْوَىٰ، وَإِنْ كَانَ المُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ. وَفِي الإِجَارَةِ إِنْ كَانَ ذٰلِكَ فِي أَوَّلِ المُدَّةِ فَهُوَ نَظِيرُ البَيْعِ،

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ أنَّ المقصود إثبات السبب.

قوله: فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الوُجُوهِ، أي خلافًا ووفاقًا.

قوله: لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ، فإنَّ الحقَّ في الرهن للمرتَهن دون الراهن، بدليل أنَّ للمرتَهن أن يرد الرهن متىٰ شاء، والراهن ليسَ له ولاية استِرداد الرهن متىٰ شاء، ولا معتبر لمنفعة سقوط الدَّين عن الراهن بِهلاكه لأنه موهومٌ عسىٰ أن لا يثبت، ومنفعة الحبس للمرتَهن قائمٌ متحقَّق فلا يفيد بينة الراهن على إثبات حقِّ الغير.

قوله: وَإِنْ كَانَ المُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ، لأنَّ الرهن لا يكون إلا بعد تقدُّم الدين فتقبل البينة في حقِّ ثبوت الدين، كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمنًا وتبعًا للدين.

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ.

قَالَ: (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وَقَالَا: هٰذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا) وَذَكَرَ فِي الأَمَالِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ. لَهُمَا أَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي العَقْدِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الجَانِبَيْنِ السَّبَبُ فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الحِلُّ وَالِازْدِوَاجُ وَالمِلْكُ وَلَا اخْتِلَافَ فِي مَا هُوَ الأَصْلُ فَيَثْبُتُ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ يَقْضِي بِالْأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَيَسْتَوِي دَعْوَىٰ أَقَلِّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ. ثُمَّ قِيلَ: لِاخْتِلَافٍ فِيمَا إِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ هِيَ المُدَّعِيَةَ وَفِيمَا إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ الزَّوْجَ إِجْمَاعٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ يَكُونُ

قوله: وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ، إنَّما قيَّد بقوله: وَالْمُدَّعِي هُوَ الآجِرُ، لأنه لو ادَّعى المستأجر عقد الإجارة بعد انقضاء مدَّة الإجارة كان ذلك منه اعترافًا بمال الإجارة، فيجبُ عليه ما اعترف فلا حاجة فيه حينئذٍ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما.

قوله: يَقْضِي بِالْأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَيَسْتَوِي دَعْوَى أَقَلِّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ، فإن قيل: في هذا تكذيب المدَّعي لأحد الشاهدين كما في البيع، قلنا: المالُ ليس بمقصودٍ ههنا، لِمَا أنَّ النكاح يجوز بدون ذكر المال، ولو لزم التكذيب إنَّما لزم في التبع، والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد، بخلاف البيع، فإنَّ المال مقصودٌ فيه فالتكذيبُ في المقصود يوجبُ نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة.

**المَالَ وَمَقْصُودَهُ لَيْسَ إِلَّا العَقْدَ. وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَهٰذَا أَصَحُّ وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.**

قوله: وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ، وهما ما إذا كان المدَّعي هو الزوج، وما إذا كان المدَّعي هو المرأة.

قوله: وَهٰذَا أَصَحُّ وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا، وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله: لَهُمَا أَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي العَقْدِ - إلىٰ أن قال - وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ المَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الحِلُّ، وهذا الدليلُ لا يفرق بين أن يكون المدَّعي الزوج أو المرأة، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

## فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ

(وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ دَارٍ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلَا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَىٰ ثَبَتَ مِلْكُ المُورَثِ لَا يَقْضِي بِهِ لِلْوَارِثِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ مِلْكَ الوَارِثِ

## فصل في الشهادة على الإرث

قوله: وَلَا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ، هذا بالإجماع، أمَّا عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ فظاهرٌ لأنه لا يشترط الجرَّ والانتقال لقبول البينة، لأنه لمَّا ثبتَ بِهذه الشهادة كون الدار ملكًا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورةً، لأنه يخلفه في أملاكه فصارت الشهادة بأنَّها كانت ملكًا للمورث بمنزلة الشهادة للحيِّ بأنَّها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري أنَّها ما كانت لبائعه، وكذا علىٰ قولهما لأنَّهما وإن كانا يشترطان الجرَّ والانتقال إلى الوارث في الشهادة لم يشترطا ذلك هنا، لأنَّ المدعي أثبت لمورثه يدًا في المدَّعىٰ عند الموت بما أقام من البينة، لأنَّ يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، فصار كأنه أقام البينة أنَّ أباه مات والدار في يديه، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولةً، فكذا هنا.

قوله: فِي حَقِّ العَيْنِ، أي في حقِّ أحكامٍ ترجع إلى العين.

مِلْكُ المُورَثِ فَصَارَتِ الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ لِلْمُورَثِ شَهَادَةٌ بِهِ لِلْوَارِثِ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ العَيْنِ حَتَّىٰ يَجِبَ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ فِي الجَارِيَةِ المَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الغَنِيِّ مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى المُورَثِ الفَقِيرِ فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ، إلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ قِيَامِ مِلْكِ المُورَثِ وَقْتَ المَوْتِ لِثُبُوتِ الِانْتِقَالِ ضَرُورَةً، وَكَذَا عَلَىٰ قِيَامِ يَدِهِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ، وَقَدْ وُجِدَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى اليَدِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ لِأَنَّ يَدَ المُسْتَعِيرِ وَالْمُودَعِ وَالْمُسْتَأْجِرِ قَائِمَةٌ مَقَامَ يَدِهِ فَأَغْنَىٰ ذٰلِكَ عَنِ الجَرِّ وَالنَّقْلِ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ) لِأَنَّ الأَيْدِي عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ وَالْأَمَانَةُ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ

قوله: وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الغَنِيِّ، أي لو لا تجدُّد الملك لَمَا حلَّ له ذلك.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ، بأن يشهدوا أنه ماتَ وتركها ميراثًا وأنه ماتَ وهو ملكه.

قوله: وَكَذَا عَلَىٰ قِيَامِ يَدِهِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ، إشارةٌ إلىٰ ما ذكر بعده بقوله: لِأَنَّ الأَيْدِي عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ، وذلك لأنَّ اليد عند الموت لا تخلو من أن تكون يد ملكٍ أو غصبٍ أو أمانةٍ، فإن كانت يد ملكٍ فظاهرٌ، وكذا إن كانت يد غصبٍ لأنَّها تصير يد ملكٍ، لأنَّ بالموت يتقرَّر عليه الضمان ويصير المضمون ملكًا له، وإن كانت يد أمانةٍ فتصير يد غصبٍ بالتجهيل، فصارت يد ملكٍ أيضًا، فصارت الشهادة بيدٍ مطلقةٍ عند الموت شهادةً بالملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة.

قِيَامِ مِلْكِهِ وَقْتَ الْمَوْتِ.

(وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي مُنْذُ شَهْرٍ لَمْ تُقْبَلْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودَةٌ كَالْمِلْكِ؛ وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ تُقْبَلُ فَكَذَا هٰذَا صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالْأَخْذِ مِنَ الْمُدَّعِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ لِأَنَّ الْيَدَ مُنْقَضِيَةٌ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَىٰ مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَتَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِإِعَادَةِ الْمَجْهُولِ، بِخِلَافِ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ، وَبِخِلَافِ الْآخِذِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وُجُوبُ الرَّدِّ، وَلِأَنَّ يَدَ ذِي الْيَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ الْمُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ.

(وَإِنْ أَقَرَّ بِذٰلِكَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ دُفِعَتْ إِلَى الْمُدَّعِي) لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِي

قوله: وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ، يعني إذا كانت الدار في يد رجلٍ فادَّعاها رجلٌ آخر ليست الدار في يده أنَّها له فشهد الشهود علىٰ هذا الطريق، قيَّد بقوله: حَيٍّ، لأنَّهم لو شهدوا للميت بأنَّها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالإجماع، وتكون الدار لوارثه وقد ذكرناه، وقيَّد بقوله: أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي، لأنَّهم لو شهدوا أنَّها كانت له تقبل بالاتفاق، وأمَّا قوله: منذ أشهرٍ، ليس بقيدٍ فإنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: شهدوا لحيٍّ أنَّ العين كانت في يده لم تقبل، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ تقبل.

قوله: وَإِنْ أَقَرَّ بِذٰلِكَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، يعني قال المدَّعىٰ عليه: أنَّ هذه الدار كانت في يد المدعي هذا، وكذلك لو شهد الشاهدان أنَّ المدعى عليه أقرَّ أنَّها كانت في يد المدعي تقبل شهادتَهما، لأنَّ المشهود به ههنا الإقرار وهو معلومٌ وإنَّما الجهالة في المقرِّ به وذلك

الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ.

لا يمنع القضاء، كما لو ادَّعىٰ عشرة دراهم فشهدوا علىٰ إقرار المدَّعىٰ عليه أنَّ له عليه شيئًا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالىٰ.

❊ ❊ ❊

## بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ: (الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ لِشِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِذْ شَاهِدُ الأَصْلِ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لِبَعْضِ العَوَارِضِ، فَلَوْ لَمْ تَجُزِ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّىٰ إِلَىٰ إِتْوَاءِ الحُقُوقِ، وَلِهٰذَا جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، إِلَّا أَنَّ

## باب الشهادة على الشهادة

قوله: وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، والقياس أن لا تجوز لأنَّ الشهادة عبادةٌ بدنيةٌ لزمت شاهد الأصل وليست بحقِّ المشهود له، بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها، والإجبار عليها، والنيابة لا تجري في العبادة البدنية، أو لأنه متمكِّنٌ زيادة الشبهة فيها، إذ الأخبار إذا تناسختها الألسنة يتمكَّن فيها زيادة ونقصانٌ، إلا أنَّهم تركوا القياس إحياءً للحقوق.

قوله: وَلِهٰذَا جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، أي ولشدَّة الحاجة إليها جوَّزنا الشهادة علىٰ شهادة الفرع، ثمَّ وثمَّ، إلا أنَّ فيها شبهة البدلية فلا تقبلُ فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص، كشهادة النساء مع الرجال، بل أَوْلىٰ لأنَّ شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف، وليس بخلف حقيقةً حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين، وهذه خلفٌ حقيقةً حتى لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة سائر الأصول، وإن لم يشترط العجز عن شهادة سائر الأصول وقالوا إنَّ معنى البدلية لا تقوى لأنَّ القاضي يقضي بشاهدٍ يشهد أصلًا وبشهادة شاهدين علىٰ شهادة آخر، ولا يجوز تكميل الأصل بالبدل، كما في الوضوء والتيمُّم، ويجوز القضاء بذلك مع القدرة

فِيهَا شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ البَدَلِيَّةِ أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ، وَقَدْ أَمْكَنَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ بِجِنْسِ الشُّهُودِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ. (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَىٰ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ إِلَّا الأَرْبَعُ عَلَىٰ كُلِّ أَصْلٍ اثْنَانِ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَالْمَرْأَتَيْنِ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لَا يَجُوزُ عَلَىٰ شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، وَلِأَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الأَصْلِ مِنَ الحُقُوقِ فَهُمَا شَهِدَا بِحَقٍّ ثُمَّ

علىٰ شهادة الأصول، ولكن في الشهادة على الشهادة شبهةٌ زائدةٌ يمكن الاحترِاز عنها بجنس الشهود بأن يكثر الأصول، فإذا ظهر لبعضهم عذرٌ يبقىٰ بعضهم لأنَّ الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به أحقٌّ هو أم لا، وههنا ثبت بشبهةٍ زائدةٍ في نفس الشهادة هل أنَّها وجدت من الأصل أم لا، فإن قيل: ذكر في المبسوط أنَّ الشاهدين إذا شهدا علىٰ شهادة شاهدين أنَّ قاضي بلدة كذا ضرب فلانًا حدًّا في قذفٍ فهو جائزٌ؟ قلنا: لأنَّ المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي ممَّا ثبت بالشبهات، وأمَّا الذي لا يثبت بالشبهات الأسباب الموجبة للعقوبة وإقامة القاضي حدَّ القذف ليست بسببٍ موجبٍ للعقوبة، فإن قيل: أليسَ أنَّ إقامة الحدِ مسقطٌ للشهادة بطريق العقوبة؟ قلنا: لا، ولكن ردُّ شهادته من تمام الحدِّ فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحدِّ وهو القذف.

قوله: وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ: لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، فوجه التمسُّك بِهذا هو أنَّ الأثر دلَّ علىٰ جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقًا، من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان، ومن قال به كان يقيِّد الإطلاق بغير دليلٍ إذ لم يرو عن غيره خلافه، وذلك لا يجوز، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز شهادة

شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ فَتُقْبَلُ.

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَىٰ شَهَادَةِ وَاحِدٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ.

(وَصِفَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا وَأَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ) لِأَنَّ الفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ وَالتَّوْكِيلِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي لِيَنْقُلَهُ إِلَىٰ مَجْلِسِ القَضَاءِ

الفرعين عن أصلين لأنَّ الفرعين لمَّا شهدا علىٰ شهادة أصلٍ واحدٍ صارا بمنزلة أصلٍ واحدٍ، ثمَّ لو شهدا أيضًا عن أصلٍ آخر صارا بمنزلة أحد أصلين شَهَد عن نفسه وعن أصلٍ آخر، قلنا: الفرعان نصابٌ تامٌّ في الشهادة لأنه شهادةُ رجلين، أمَّا الأصل الواحد فهو فرد غير متعدِّد في نفسه فلا يصلح أن يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقًا ولا تقديرًا.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أي من قول عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه، وهو حجةٌ علىٰ مالكٍ فإنه يجوز شهادة الواحد علىٰ شهادة الواحد، لأنَّ الفرعي قائمٌ مقام الأصلي معبِّر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي، فكأنه حَضَر وشهد بنفسه، واعتبر هذا برواية الأخبار فإنَّ رواية الواحد عن الواحد مقبولةٌ.

قوله: مِنَ الحُقُوقِ، أي من حقوق الناس لأنه يجب علىٰ كل واحد من الأصلين أن يؤدي ما عليه إذا طالبه المدَّعي.

قوله: وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي، أي لا بدَّ أن يشهد الأصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع إلىٰ مجلس القاضي، ولا بدَّ من التحميل وهو أن يقول:

(وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ جَازَ) لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ اشْهَدْ (وَيَقُولُ شَاهِدُ الفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَىٰ شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي بِذٰلِكَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ، وَذِكْرِ شَهَادَةِ الأَصْلِ وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ، وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هٰذَا وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وَخَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَطُهَا.

اشهد علىٰ شهادتِي، ولا يقول: اشهد عليَّ بذلك، لأنه يحتمل أن يكون علىٰ أصل الحقِّ المشهود به وهو أمرٌ بالكذب، وكذا لا يقول: فاشهد بشهادتِي، لأنه يحتمل أن يكون مراده فاشهد بمثل شهادتِي فيكون أمرًا بالشَّهادة علىٰ أصل الحقِّ.

قوله: لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَتِهِ، وَذِكْرِ شَهَادَةِ الأَصْلِ، لأنه يشهد علىٰ شهادة الأصل.

قوله: وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ، لم يشتَرط بعض العلماء ذكر التحميل.

قوله: وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هٰذَا، وهو أن يكون يقول الفرعيّ بين يدي القاضي أشهد أنَّ فلانًا شهدَ عندي أنَّ لفلانٍ علىٰ فلانٍ كذا من المال، وأشهدنِي علىٰ شهادته وأمرنِي أن أشهد علىٰ شهادته وأنا أشهد علىٰ شهادته بذلك الآن، فيحتاج إلىٰ ذكر ثمانِي شينات، وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات، وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وهو أن يقول الفرعيّ عند القاضي: أشهد علىٰ شهادة فلانٍ بكذا، جاز، وفيه شيئان فلا يحتاج إلىٰ زيادة شيءٍ، وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالىٰ واختيار أستاذه أبي جعفر، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ في السير الكبير، وحُكِي أنَّ فقهاء زمن أبي جعفر كانوا يخالفون أبا جعفرَ في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويلٍ في أداء الفرعيّ فأخرج الرواية من السِّير فانقادوا له، فلو اعتمد أحدٌ علىٰ هذا كان في سعةٍ من ذلك

(وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ حَتَّىٰ يَقُولَ لَهُ اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَهٰذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الْقَضَاءَ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ وَالْأُصُولِ جَمِيعًا حَتَّى اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ لَا

وهو أسْهَل وأيْسَر، كذا في الذخيرة والمغني.

قوله: وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أي أشهدنِي المقرُّ علىٰ إقراره، لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ، أي لا يحلُّ للسَّامع أن يشهد علىٰ شهادته حتى يقول: أشهد علىٰ شهادتِي لأنه لا بدَّ من التحميل، وهذا ظاهرٌ عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وذلك لأنَّ الشاهد الفرعيَّ لا علمَ له بالحقِّ لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد رحمه الله تعالىٰ بطريق التوكيل، حتَّىٰ لو رجع الأصول دون الفروع وَجَب الضمان على الأصول في قول محمدٍ رحمه الله تعالىٰ، ولو رجع الأصول والفروع جميعًا تخير المشهود عليه، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيلُ وكيلًا عن الموكل إلَّا بأمره، وفي الفوائد الظهيرية: ومعنىٰ قوله: حَتَّى اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، أنَّ المشهود عليه بالخيار، إن شاءَ ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع، وليسَ معناه أنه يقضىٰ بالنصف على الأصول وبالنصف على الفروع، بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب فللمغصوب منه أن يضمن أيُّهما شاءَ، في الذخيرة: فإن ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون على الأصول، كما في باب الغصب لو ضمن المالكُ الغاصبَ الثانِي لا يرجع على الغاصب الأوَّل، وإن ضمن الأصول لا يرجعون على الفروع أيضًا، بخلاف ما لو ضمن المالكُ الغاصبَ حيث يرجع به علىٰ غاصب الغاصب، وأمَّا عندهما فلأنَّ الحكم وإن كان يضاف إلى الفروع حتَّىٰ يجبُ الضمان عليهم دون الأصول عند الرجوع، ولكن تحمُّلهم إنَّما يصحُّ إذا عاينوا ما هو حجَّةٌ، والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجةٍ فيجبُ النقل إلىٰ مجلس

بُدَّ مِنْ نَقْلِ شَهَادَةِ الأُصُولِ لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيَظْهَرَ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الحَاكِمِ) لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا تُمَسُّ عِنْدَ عَجْزِ الأَصْلِ وَبِهٰذِهِ الأَشْيَاءِ يَتَحَقَّقُ العَجْزُ. وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا السَّفَرَ لِأَنَّ المُعْجِزَ بُعْدُ المَسَافَةِ وَمُدَّةُ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ حُكْمًا حَتَّىٰ أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ فَكَذَا سَبِيلُ هٰذَا الحُكْمِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -

القاضي ليصير حجةً، ويظهر أنَّ التحمُّل حصل بما هو حجة فلمَّا لم يكن بدٌّ من النقل لم يكن بدٌّ من التحميل، وفي الفوائد الظهيرية: فقولهم في هذا الموضع لأنَّ الشهادة لا تكون حجةً إلا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع بقيام الحقِّ بمجرَّد شهادة الأصول مزيف، لأنَّ الفروع لا يسعه الشهادة على الشهادة إن كان الأصلُ شهد بالحقِّ عند القاضي في مجلسه فلا بدَّ له من طريقٍ آخر، وهو أنَّ الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالتحمُّل، ووجه ذلك أنَّ الأصل له منفعةٌ في نقل الفرع شهادته من وجهٍ وهو أنَّ الشهادة حقٌّ مستحقٌّ على الأصل يجبُ عليه إقامتها ويأثم بكتمانِها متىٰ وجد الطلب ممَّن له الحقُّ، كما لو كان عليه دينٌ ومن عليه الدَّين إذا تبَرَّع إنسانٌ بقضائه عنه يجوز، وإن لم يكن بأمره فباعتبار هذا لا يشترط الأمرُ لصحتها، غير أنَّ فيها مضرَّةٌ من حيث إنَّها جهةٌ في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بدون أمره مضرَّة، فباعتبار هذا يشترط الأمر بصحَّتها، وصار هذا كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا نكحها أجنبيٌّ بغير أمره لا يجوز لما فيه من إبطال الولاية عليه.

قوله: حَتَّىٰ أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ، نحو قصر الصلاة، والفطر في الصوم،

أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَان لَوْ غَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الإِشْهَادُ إِحْيَاءً لِحُقُوقِ النَّاسِ، قَالُوا: الأَوَّلُ أَحْسَنُ وَالثَّانِي أَرْفَقُ وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الأَصْلِ شُهُودُ الفَرْعِ جَازَ) لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّزْكِيَةِ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَّلَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ صَحَّ) لِمَا قُلْنَا، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً مِنْ حَيْثُ القَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ لٰكِنَّ العَدْلَ لَا يُتَّهَمُ

وامتداد مسح الخفِّ إلىٰ ثلاثة أيام، وعدم وجوب تكبيرات التشريق علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والأضحية، والجمعة، وحرمة خروج المرأة من غير محرمٍ أو زوجٍ.

قوله: وَالثَّانِي أَرْفَقُ، وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه إن كان في مكانٍ لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله، وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: وكثيرٌ من المشايخ أخذوا بِهذه الرواية، ثمَّ قال: ورُوِيَ عن محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان، حتى رُوِي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرعُ علىٰ شهادته في زاويةٍ أخرىٰ من ذلك المسجد تقبل شهادتُهم، فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز، لأنَّ شاهد الفرع إذا صلح مزكيًّا فلا فرقَ بين تزكيته وتزكية غيره، وكذا إذا شهد شاهدان فعدَّلَ أحدهما الآخر صحَّ لِمَا قلنا أنه أهل التزكية، غَايَةُ الأَمْرِ، أي غايةُ ما يردُ فيه من أمر الشبهة أن يقال: ينبغي أن لا يصحَّ تعديله لأنه متهم بسبب أنَّ في تعديله منفعةً له من حيثُ إنه ينفذ القاضي قوله علىٰ موجب ما يشهد به، لكن العدل لا يتَّهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال أنه إنَّما يشهدُ ليصير مقبول القول، وإن لم يكن له شهادةٌ كيفَ يتهم، وإنَّ قوله مقبولٌ في نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تُهمة، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ: لا تثبت عدالة الأصول بتعديل الفروع،

بِمِثْلِهِ كَمَا لَا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ، كَيْفَ وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُوْلٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَةَ.

قَالَ: (وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ وَيُنْظَرُ القَاضِي فِي حَالِهِمْ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ إِلَّا بِالْعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَنْقُلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا يُقْبَلُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المَأْخُوذَ عَلَيْهِمُ النَّقْلُ دُونَ التَّعْدِيلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَخْفَىٰ عَلَيْهِمْ، وَإِذَا نَقَلُوا يَتَعَرَّفُ القَاضِي العَدَالَةَ كَمَا إِذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا.

قَالَ: (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ الفَرْعِ)

والصحيحُ ظاهر الرواية، وإن قال الفرعان: لا نخبرك، لا يقبل القاضي شهادتَهما، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: إذا قال الفرعان: لا نخبرك، يسأل غير الفرعين عن الأصول، ولو قال الفرعان: لا نعرف الأصل أعدلٌ أم لا؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن علي السغدي رحمه الله تعالىٰ: هو وقول الفرع لا نخبرك سواءٌ، وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالىٰ: إذا قالا: لا نعرفه أعدلٌ أم لا؟ لا يرد القاضي شهادتَهما ويسأل عن الأصول غيرهما، هو الصحيح، لأنَّ شاهد الأصل بقي مستورًا، وأمَّا إذا شهد شاهدان عند القاضي بشيءٍ والقاضي يعرف عدالة أحدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعدله هذا العدل اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يصحُّ تعديله، كما لو عدله رجلٌ غيره، وقال بعضهم: لا يصحُّ تعديله، لأنه يريدُ تنفيذ شهادة نفسه بِهذا التعديل فكان متهمًا ولا يصحُّ تعديله.

قوله: وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ الفَرْعِ، ومعنى

لِأَنَّ التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الخَبَرَيْنِ وَهُوَ شَرْطٌ. (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَىٰ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَىٰ فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَّةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَا أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هٰذِهِ أَمْ لَا فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّهَا فُلَانَةُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى المَعْرِفَةِ بِالنِّسْبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي الحَقَّ عَلَى الحَاضِرَةِ وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النِّسْبَةِ، وَنَظِيرُ هٰذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعٍ مَحْدُودَةً بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى المُشْتَرِي لَا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَىٰ أَنَّ المَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّ الحُدُودَ المَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَكَذَا كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ عَلَى

المسئلة أنَّهم قالوا: ما لنا شهادةٌ علىٰ هذه الحادثة، وماتوا أو غابوا ثمَّ جاء الفروع يشهدون علىٰ شهادتِهم بِهذه الحادثة، أمَّا مع حضرتِهم فلا يلتفت إلىٰ شهادة الفروع وإن لم ينكروا، وهذا لأنَّ التحميل شرطٌ وقد فاتَ للتعارض بين الخبرين.

قوله: يَشْهَدَانِ عَلَىٰ أَنَّ المَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدَّعوىٰ تظهر إذا ادَّعى الشفيع أنَّ فلانًا باعَ والمحدود في يد المشتري وليُّ استحقاق الشفعة، أمَّا لو كان المدَّعي هو البائع يطالبُ المشتري بالثمن، فلا حاجةَ إلىٰ كون المحدود في يد المشتري.

قوله: وَكَذَا كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي، أي إذا وَرَد كتاب القاضي إلى القاضي وفيه شَهَد بين يدي فلان بن فلان علىٰ فلان بن فلان بكذا من المال، وأنكر ذلك الرجل

الشَّهَادَةِ إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ (وَلَوْ قَالُوا فِي هٰذَيْنِ البَابَيْنِ التَّمِيمِيَّةُ لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَنْسُبُوهَا إِلَىٰ فَخِذِهَا) وَهِيَ القَبِيلَةُ الخَاصَّةُ، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي هٰذَا، وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى العَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ إِلَىٰ بَنِي تَمِيمٍ لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ، وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الفَخِذِ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ. وَقِيلَ الفَرْغَانِيَّةُ نِسْبَةٌ عَامَّةٌ وَالْأُوزْجَنْدِيَّةُ خَاصَّةٌ، (وَقِيلَ السَّمَرْقَنْدِيَّة وَالْبُخَارِيَّةُ عَامَّةٌ) وَقِيلَ إِلَى السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةٌ، وَإِلَى المَحَلَّةِ الكَبِيرَةِ وَالْمِصْرِ

أن يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجةً في حقِّه ما لم يشهد آخران أنه فلان بن فلان، وهذا لأنَّ كتاب القاضي إلى القاضي لنقل الشهادة، كالشهادة على الشهادة، إلا أنَّ القاضي بولايته وأمانته يتفرَّد بالنقل.

قوله: وَلَوْ قَالُوا فِي هٰذَيْنِ البَابَيْنِ، أي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي، فلانة بنت فلانة التميميَّة لم يجز حتى ينسبوها إلىٰ فخذها، وهيَ القبيلة الخاصة، الفخذ آخر القبائل الستِّ، كذا في الصحاح، وفي الكشَّاف قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾ [الحجرات: ١٣] الشِّعب الطبقة الأولىٰ من الطبقات الستة التي عليها العرب، وهيَ: الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، فالشِّعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل، خُزَيْمة شعبٌ، وكنانةَ قبيلةٌ، وقريش عمارةٌ، وقصي بطنٌ، وهاشم فخذٌ، والعباس فصيلةٌ، وسُمِّيت الشعب لأنَّ القبائل تنشعب منها، فعلىٰ هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصَّة، والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة، وفي الديوان: الشَّعب بفتح الشين، والعِمارة بكسر العين.

عَامَّةٌ. ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذِكْرُ الفَخِذِ يَقُومُ مَقَامَ الجَدِّ لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَىٰ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإنَّ عنده يتمُّ بذكر الأب ولا يحتاج إلىٰ ذكر الجدِّ في التعريف.

قوله: لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَىٰ، أي في القبيلة الخاصة، فنزل منزلة الجدِّ الأدنىٰ، وهو أبُ الأب، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

## فَصْلٌ: فِي شَهَادَةِ الزُّور

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: شَاهِدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ وَلَا أُعَزِّرُهُ. وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، وَلِأَنَّ هٰذِهِ كَبِيرَةٌ يَتَعَدَّىٰ ضَرَرُهَا إِلَى العِبَادِ وَلَيْسَ

## فصل

قوله: شَاهِدُ الزُّورِ، شاهد الزور يشهَّر ويعزَّر، هو أن يقرَّ علىٰ نفسه بالكذب متعمِّدًا فيقول: كذبتُ فيما شهدتُ متعمدًا، أو يشهد بقتل رجلٍ ثمَّ يجيء المشهود بقتله حيًّا حتَّىٰ ثبت كذبه بيقينٍ، ولا طريقَ لإثبات ذلك بالبينة لأنه نفي لشهادته والبينة حجةُ الإثبات دون النفي، فأمَّا إذا قال: غلطتُ، أو: أخطأتُ، أو: ردت شهادته لتهمة، أو لمخالفةٍ بين الدعوىٰ والشهادة، لا يعزَّر.

قوله: وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، أي سوَّده، من السخام وهو سواد القِدر، وأمَّا بالحاء المهملة من الأسحم الأسود فقد جاء، كذا في المغرب، وفي المغني: ولا يسخم وجهه، يروىٰ هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا.

قوله: وَلِأَنَّ هٰذِهِ كَبِيرَةٌ، قال عليه الصلاة والسلام: «أيُّها الناس عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله تعالىٰ» ثمَّ تلا قوله تعالىٰ: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]، وسأله رجلٌ عن الكبائر فقال: «الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حقٍّ، وشهادة الزور» وإذا ثبت أنه مرتكبٌ للكبيرة قلنا يعزَّر علىٰ ذلك

فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ. وَلَهُ أَنَّ شُرَيْحًا كَانَ يُشَهِّرُ وَلَا يَضْرِبُ، وَلِأَنَّ الِانْزِجَارَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيَكْتَفِي بِهِ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالَغَةً فِي الزَّجْرِ وَلٰكِنَّهُ يَقَعُ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فَوَجَبَ التَّخْفِيفُ نَظَرًا إِلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ. وَحَدِيثُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ بِدَلَالَةِ التَّبْلِيغِ إِلَى الأَرْبَعِينَ وَالتَّسْخِيمِ ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَنْقُولٌ عَنْ شُرَيْحٍ - رَحِمَهُ اللهُ - فَإِنَّهُ كَانَ يَبْعَثُهُ إِلَىٰ سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَىٰ قَوْمِهِ إِنْ كَانَ

ويشهر لإعلام الناس حتَّىٰ لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك.

قوله: وَلَهُ أَنَّ شُرَيْحًا كَانَ يُشَهِّرُ وَلَا يَضْرِبُ، فإن قيل: أ ليسَ أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يرى تقليد التابعين، حتَّىٰ رُوِيَ عنه أنه قال: لا نُقَلِّد، هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد، وقال مشايخنا المتأخرون: إنَّما ذكر أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ أقاويل التابعين في كتبه لبيان أنه لم يستبد بِهذا القول بل سبقه غيره، وقال متبعًا لا مخترعًا، قلنا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: من كان من الأئمَّة التابعين وأفتىٰ في زمان الصحابة وزاحمهم في الفتوىٰ وسوَّغوا له الاجتهاد فأنا أقلده، مثل شريح، والحسن، ومسروق، وعلقمة رحمهم الله تعالىٰ، وعلىٰ هذه الرواية لا يحتاج إلى الجواب، وعلىٰ ظاهر الرواية قالوا: لم يذكر قوله محتجًّا به بل محتجًّا بتجويز الصحابة فعله، فإنَّ قضاءه وتشهيره كان بمحضرٍ من عُمر وعليٍّ رضي الله تعالىٰ عنهما، فإنه كان قاضيًا في عصرهما فما يشتهر عن قضاياه كالمرويِّ عنهما، وكان هذا في الحقيقة احتجاجًا بقولهما، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يرىٰ تقليد كلِّ من كان من الصحابة، كذا في الجامع الصغير للإمام المحبوبي، وذكر الإمام العلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ في الكافي: وشُريح كان قاضيًا في زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفىٰ على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد

غَيْرَ سُوقِيٍّ بَعْدَ العَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُ: إِنَّ شُرَيْحًا يُقْرِئُكُمُ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هٰذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذِّرُوا النَّاسَ مِنْهُ. وَذَكَرَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُشَهَّرُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا. وَالتَّعْزِيرُ وَالْحَبْسُ عَلَىٰ قَدْرِ مَا يَرَاهُ القَاضِي عِنْدَهُمَا، وَكَيْفِيَّةُ التَّعْزِيرِ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يُضْرَبَا وَقَالَا يُعَزَّرَانِ) وَفَائِدَتُهُ أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الحُكْمِ هُوَ المُقِرُّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِذٰلِكَ، فَأَمَّا لَا طَرِيقَ إِلَىٰ إِثْبَاتِ ذٰلِكَ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

منهم فحلَّ محلَّ الإجماع، فكان هذا منه احتجاجًا بإجماع الصحابة لا تقليد الشريح، لأنه لا يرىٰ تقليد التابعي.

قوله: وَفَائِدَتُهُ، أي فائدة وضع الجامع الصغير، أنَّ شاهد الزور إنَّما يُعرف أنَّ شهادته كانت زورًا وكذبًا بإقراره لا غير، ولا يعرف ذلك بالبينة، لأنه نفي الشهادة والبينات للإثبات.

# كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

(قَالَ: إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ) لِأَنَّ الحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَاضِي لَا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّـهُمَا مَا أَتْلَفَا شَيْئًا لَا عَلَى المُدَّعِي وَلَا عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ (فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخِ الحُكْمُ) لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ يُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ وَلِأَنَّـهُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ مِثْلُ الأَوَّلِ، وَقَدْ تَـرَجَّحَ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ (وَعَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ) لِإِقْرَارِهِمْ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ) لِأَنَّـهُ فَسْخٌ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ

## كتاب الرجوع عن الشهادات

اعلم أنَّ للرجوع ركنًا، وحكمًا، وشرطًا، فركنه قول الشاهد بعد ما شهد: رجعتُ عما شهدتُ به، أو يقول: شهدتُ بزورٍ فيما شهدتُ، وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي، وحكمه وجوب التعزير كما بيَّنَّا، والضمان مع التعزير إن رَجع بعد القضاء وكان المشهود به مالًا وقد أزاله بغير عوضٍ.

قوله: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ، لِأَنَّـهُ فَسْخٌ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ

بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنَ المَجْلِسِ وَهُوَ مَجْلِسُ القَاضِي أَيَّ قَاضٍ كَانَ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةٌ وَالتَّوْبَةُ عَلَىٰ حَسَبِ الجِنَايَةِ، فَالسِّرُّ بِالسِّرِّ وَالْإِعْلَانُ بِالْإِعْلَانِ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَاضِي، فَلَوِ ادَّعَى المَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا لَا يَحْلِفَانِ، وَكَذَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ رُجُوعًا بَاطِلًا، حَتَّىٰ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَّنَهُ المَالَ تُقْبَلُ لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ. (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ فَحَكَمَ الحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا المَالَ المَشْهُودَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّسْبِيبَ عَلَىٰ وَجْهِ التَّعَدِّي سَبَبُ الضَّمَانَ كَحَافِرِ البِئْرِ وَقَدْ سَبَّبَا لِلْإِتْلَافِ تَعَدِّيًا.

بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنَ المَجْلِسِ وَهُوَ مَجْلِسُ القَاضِي أَيَّ قَاضٍ كَانَ، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الرجوع مختصًّا بمجلس القضاء لأنَّ الرجوع عن الشهادة إقرارٌ بضمان مال المشهود عليه علىٰ نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بالضمان لا يختصُّ بمجلس القضاء، قلنا: ما كان شرطًا في الابتداء يكون شرطًا في البقاء كالمبيع، فإنَّ وجوده شرطٌ لصحَّة البيع فكان بقاؤه شرطًا لصحة الفسخ، فمجلس القضاء شرطٌ لصحة الشهادة فكذا يجب أن يكون مجلس القضاء شرطًا لفسخ الشهادة وهو الرجوعُ عن الشهادة، ولا يلزم علىٰ هذا إحضار رأس مال السلم فإنه ليسَ بشرطٍ في فسخ السلم مع أنه مشروطٌ في ابتداء عقد السلم، لأنا نقول: اشتِراط وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السَّلم بل يفسد السلم بعد الصحة إذا افترَقا لا عن قبضٍ، احتِرازًا عن الكالئ بالكالئ، وذلك المعنىٰ لا يوجد في الفسخ.

قوله: كَحَافِرِ البِئْرِ، أي في قارعة الطريق، فإن ثقل الساقطِ فيها علَّة التلف والمشيُ سببٌ والحفرُ شرطٌ لأنه أزالَ المانعَ من السقوط فالثقل أمر طبيعيٌّ لا يصلح لإضافة التلف

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُبَاشَرَةِ. قُلْنَا: تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُبَاشِرِ وَهُوَ الْقَاضِي لِأَنَّهُ كَالْمَلْجَإِ إِلَى الْقَضَاءِ، وَفِي إِيجَابِهِ صَرْفُ النَّاسِ عَنْ

إليه، والمشيُ مباحٌ لا تعدي فيه فأضيف الحكم إلى الحفر لأنَّ الحافر متعدٍّ فيه، وهنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي وإن حصل الإتلاف بقضائه لأنه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين إلى القضاء، فإنَّ بعد ظهور عدالتهما وَجَبَ عليه القضاء شرعًا، حتَّىٰ لو امتنع منه يأثم ويعزل ويعزر ولا يمكن استيفاؤه من المدَّعي لأن الحكم ماضٍ فأوْجَبنا الضمان على الشاهدين لأنَّهما سببان وقد أقرَّا علىٰ أنفسهما بالتعدِّي.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وُجُودِ الْمُبَاشَرَةِ، ولا يلزمُ عليه القصاص على الشهود إذا رجعوا مع وجود المباشرة من الوليِّ علىٰ أصله، لأنه إنَّما اعتبر السبب ثمَّة احتياطًا في أمر الدماء وتعظيمًا له، ألا يرىٰ أنه يقول بالقصاص في باب القسامة، ولحديثِ عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا: ولو علمتُ أنَّكما تعمدتما لقطعتُ أيديكما، قلنا: حديثُ عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه كان للتهديد، لأنه صحَّ من مذهب عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه أنَّ اليدين لا تقطعان بيدٍ واحدةٍ، وقد يهدِّد الإمام بما لا تحقَّق له، قال عُمر رضي الله تعالىٰ عنه: ولو تعمدتَّ إلى المتعة لرجمت، والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق.

قوله: لِأَنَّهُ كَالْمَلْجَإِ إِلَى الْقَضَاءِ، ولم يقل أنه ملجأٌ، لأنه لو صار ملجأً حقيقةً بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاصُ على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبُهم، كما في المكره وليسَ كذلك، وذلك لأنَّ الملجأ حقيقةً هو من يخاف العقوبة الدنياوية والقاضي ههنا إنَّما يخاف العقوبة في الآخرة، ولا يصير به ملجأً حقيقةً لأنَّ كل أحدٍ يقيم الطاعةَ خوفًا من العقوبة علىٰ تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهًا.

تَقَلُّدِهِ وَتَعَذُّرُ اسْتِيفَائِهِ مِنَ المُدَّعِي لِأَنَّ الحُكْمَ مَاضٍ فَاعْتُبِرَ التَّسْبِيبُ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ المُدَّعِي المَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا، لِأَنَّ الإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ، وَلِأَنَّهُ لَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ العَيْنِ وَإِلْزَامِ الدَّيْنِ.

قَالَ: (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ) وَالْأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي هٰذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ وَقَدْ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَا بِالْمَالِ ثَلَاثَةٌ فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ

قوله: وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ المُدَّعِي المَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا، لأنه تحقَّق الخسران عند تسليم المال إلى المقضيّ له، فأمَّا ما بقيت يده على المال فلا يتحقَّق الخسران في حقِّه، ولأنَّ الضمان مقدَّر بالمثل وهما أتْلَفا عليه دينًا حين ألزماه بشهادتِهما ذلك، فإذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينًا في مقابلة دينٍ، ولا مماثلةَ بين أخذ العين وإلزام الدين، وفي الأعيان أن يثبت الملك للمقضىٰ له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أنَّ ذلك باطلٌ وأنَّ المال في يده ملكه فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيئًا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي، كذا في المبسوط، وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام: إن كان المشهود به عينًا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع، قبض المشهود له العين أو لم يقبض، لأنَّ الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتِهما عند اتصال القضاء بِها، حتَّىٰ لا ينفذ تصرُّف المشهود عليه فيه، فلو أزلنا العين عن ملكه بأخذ الضمان منهما لا تبقى المماثلة، بخلاف ما إذا كان المشهود به دينًا.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي هٰذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ، لأنه لو اعتبر رجوعُ من رجع كان الضمان واجبًا على الراجع مع بقاء الحقِّ عند وجود مبقيه وهو الشاهدان، بأن شهد ثلاثةٌ ورجع واحدٌ.

بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ، وَهٰذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالْحُجَّةِ، وَالْمُتْلِفُ مَتَى اسْتَحَقَّ سَقَطَ الضَّمَانُ فَأَوْلَىٰ أَنْ يَمْتَنِعَ (فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المَالِ) لِأَنَّ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمْ يَبْقَىٰ نِصْفُ الحَقِّ وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتِ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ) لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ بِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ (وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الحَقِّ) لِأَنَّ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرَةُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ (فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَىٰ كَانَ عَلَيْهِنَّ رُبْعُ الحَقِّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالرُّبْعُ بِشَهَادَةِ البَاقِيَةِ فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ (وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ)

قوله: وَالْمُتْلِفُ مَتَى اسْتَحَقَّ سَقَطَ الضَّمَانُ فَأَوْلَىٰ أَنْ يَمْتَنِعَ، كمن غصب مال إنسانٍ وأتلفه ثمَّ استحقَّ رجلٌ ذلك المالَ بالبينة فلا ضمانَ للمتلف عليه على المتلف إذا لم يضمن المستحقُّ شيئًا، وإن رجع آخرٌ ضمن الراجعان نصف المال لأنه بقي علىٰ شهادة من بقي به نصف المال، ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداءً ببعض العلة ثمَّ يبقىٰ ببقاء بعض العلة، كابتداء الحول لا ينعقد علىٰ بعض النصاب ويبقىٰ منعقدًا ببقاء بعض النصاب، فإن قيل: ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأنَّ التلف أضيف إليه، قلنا: التلفُ يُضاف إلى المجموع لأنَّ رجوع الأول لم يظهر أثره بمانعٍ وهو بقاءُ من بقي، فإذا رجع الثاني ظهر أنَّ التلف بهما.

لِأَنَّـهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِهٰذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِانْضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، «قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ عُدِلَتْ شَهَادَةُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ» فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِذٰلِكَ سِتَّةُ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا (وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ العَشَرَةُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَّ نِصْفُ الحَقِّ عَلَى القَوْلَيْنِ) لِمَا قُلْنَا (وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ المَرْأَةِ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الحُكْمُ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا ثُمَّ رَجَعَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، وَكَذٰلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الإِتْلَافِ لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي المُمَاثَلَةَ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا تُضْمَنُ وَتُتَقَوَّمُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّـهَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً ضَرُورَةَ المِلْكِ

قوله: لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي المُمَاثَلَةَ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، ولا مماثلةَ بين البضع والمال، فأمَّا عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوِّمًا إظهارًا لخطره، حتَّىٰ يكون مصونًا عن الابتذال ولا يملك مجانًا، فإنَّ ما يملكه المرء مجانًا لا يعظم خطره، وذلك محلٌّ له خطرٌ مثلَ خطر النفوس لحصول النسل به، وهذا المعنى لا يوجد في طرف الإزالة، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يضمنان لها ما زاد علىٰ ما شهدا إلىٰ تمام مهر مثلها، وأصل المسئلة ما إذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثمَّ رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئًا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يضمنان للزوج مهر المثل، وكذلك

إِبَانَةً لِخَطَرِ المَحَلِّ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ بِعِوَضٍ لِمَا أَنَّ البُضْعَ مُتَقَوَّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي المِلْكِ وَالْإِتْلَافُ بِعِوَضٍ كَلَا إِتْلَافٍ، وَهٰذَا لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى المُمَاثَلَةِ وَلَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ الإِتْلَافِ بِعِوَضٍ وَبَيْنَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ (وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا)

إن قتل امرأةَ رجلٍ لم يضمن القاتلُ شيئًا من المهر عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يضمنُ مهر المثل، وكذلك لو ارتدَّت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئًا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ للزوج مهر المثل عليها لأنَّ البضع متقوَّم بدليل أنه متقوَّم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوَّم عند خروجه من ملكه أيضًا، لأنه إنَّما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه، فمن ضرورة التقوُّم في إحدى الحالين التقوُّم في الحالة الأخرىٰ، كملك اليمين فإنه يتقوَّم عند ثبوته ابتداء ويتقوَّم أيضًا عند الإزالة بطريق الإبطال وهو العتقُ، حتَّىٰ يضمن شهود العتق القيمة إذا رجعوا.

قوله: وَكَذَا إِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا، لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ بِعِوَضٍ لِمَا أَنَّ البُضْعَ مُتَقَوَّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي المِلْكِ، فإن قيل: منافعُ البضع كيفَ تصلح عوضًا عن المهر؟ وإنَّ المرأة ليست بمالٍ ومنافع البضع أيضًا ليست بعين مالٍ، بدليل أنه ثبت الحيوان دينًا في الذمة بدلًا عنها، قلنا: منافع البضع حالة الدخول في الملك أعطي لها حكم المال شرعًا، بدليل أنَّ الشرع جوَّز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأةً بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملكُ إزالة ملك الصغير إلا بعوضٍ يعدله، ألا ترىٰ أنه لو خالعَ ابنته الصغيرة بمالها لم يجز.

لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ مَعْنًى نَظَرًا إِلَى العِوَضِ (وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنَ القِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا هٰذَا الجُزْءَ بِلَا عِوَضٍ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ خِيَارُ البَائِعِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ البَيْعُ السَّابِقُ فَيُضَافُ الحُكْمُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ إِلَيْهِ فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ المَهْرِ) لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا ضَمَانًا عَلَىٰ شَرَفِ السُّقُوطِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا لَوْ طَاوَعَتِ ابْنَ الزَّوْجِ أَوِ ارْتَدَّتْ سَقَطَ المَهْرُ أَصْلًا وَلِأَنَّ الفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الفَسْخِ فَيُوجِبُ سُقُوطَ جَمِيعِ المَهْرِ ..............................

قوله: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ خِيَارُ البَائِعِ. فإن قيل: البيعُ بشرط الخيار للبائع لا يزيلُ ملكه عن المبيع وقد كان متمكِّنًا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدَّة، فإذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي أن لا يضمنا شيئًا. قلنا: زوال الملك وإن تأخَّر إلى سقوط الخيار فالسببُ هو البيع المشهود به، ولهذا يستحقُّ المشتري المبيعَ بزوائده فكان الإتلاف حاصلًا بشهادتهما، والبائعُ كان منكرًا لأصل البيع فلا يمكنه أن يتصرَّف بحكم الخيار مع إنكاره، لأنه إذا تصرَّف بحكم الخيار يصير مقرًّا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس، والعاقلُ يتحامى عن مثله، فلهذا لا يعتبر تمكُّنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين.

قوله: وَلِأَنَّ الفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الفَسْخِ، وإنما قلنا في معنى الفسخ، [illegible]

كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، ثُمَّ يَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ المُتْعَةِ فَكَانَ وَاجِبًا بِشَهَادَتِهِمَا.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا مَالِيَّةَ العَبْدِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهَذَا الضَّمَانِ فَلَا يَتَحَوَّلُ الوَلَاءُ (وَإِنْ شَهِدُوا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعُوا

كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداءً لكون العقد بسبب الفسخ كأن لم يكن، وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين، فعند الرجوع يضمنان للزوج ما أتلفا عليه من وجوب نصف المهر.

قوله: كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أي في باب المهر.

قوله: وَإِنْ شَهِدَا - علىٰ - أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، وقضى القاضي به ثمَّ رجعا ضمنا قيمة العبد، لأنهما أتلفا عليه ملكًا هو مالٌ متقوَّم فيضمنان موسرين كانا أو معسرين، لأنَّ هذا ضمان إتلاف الملك وأنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولىٰ لأنَّ الولاء ليس بمالٍ متقوَّم بل هو كالنسب فلا يكون عوضًا عمَّا أتلفا عليه من ملك المال، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولىٰ لأنه ينكر العتق، قلنا: بقضاء القاضي بالحجَّة صار مكذبًا شرعًا، لأنَّ القاضي لمَّا قضىٰ بالعتق من المولىٰ تبعه الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد، بخلاف شهود التدبير فإنَّهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد، والفرق بينهما أنَّ الشاهدين في الكتابة حالا بين المولىٰ وبين مال العبد بشهادتِهما عليه فكانا بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته، بخلاف التدبير فإنَّهما ما حالا بين المولىٰ ومدبره لكن انتقص بالتدبير مالية العبد فيضمنان النقصان، ثمَّ الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة علىٰ نجومها لأنَّهما قاما مقام المولىٰ في

بَعْدَ القَتْلِ ضَمِنُوا الدِّيَةَ وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُقْتَصُّ مِنْهُمْ لِوُجُودِ القَتْلِ مِنْهُمْ تَسْبِيبًا فَأَشْبَهَ المُكْرِهَ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّ الوَلِيَّ يُعَانُ وَالْمُكْرِهَ يُمْنَعُ. وَلَنَا أَنَّ القَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ، وَكَذَا تَسْبِيبًا لِأَنَّ التَّسْبِيبَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَهَاهُنَا لَا يُفْضِي لِأَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ، بِخِلَافِ المُكْرَهِ لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا، ......................

ذلك حين ضمنا قيمته، ولا يعتق المكاتب حتَّىٰ يؤدِّي ما عليه لأنه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق إلا بعد أداء جميع الألف للمولىٰ، فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة، وإذا أدَّىٰ عتق والولاء للذي كاتبه، لأنَّ الشاهدين قاما مقام المولىٰ في قبض بدل الكتابة منه فأداؤه إليهما كأدائه إلى المولىٰ، وإن عجز وَرُدَّ في الرقِّ كان لمولاه لأنَّ رقبته لم تصر مملوكةً للشاهدين إذ المكاتب ليس بمحلِّ النقل من ملك إلىٰ ملك فرجوعهما غير صحيحٌ في حقِّه، ويرد المولىٰ ما أخذ من الشهود عليهم لأنَّ الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب، وهو نظير غاصب المدبر إذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثمَّ رجع فيكون مردودًا علىٰ مولاه ويرد المولىٰ على الغاصب ما أخذ منه.

قوله: فَأَشْبَهَ المُكْرِهَ، وبيان الشبه أنَّ المكره مسبَّب غير مباشرٌ، وكذلك الشاهد مسبَّب غير مباشرٌ والمكره يقتل قصاصًا فكذلك الشهود.

قوله: بَلْ أَوْلَىٰ، وبيان الأولوية أنَّ الشهادة في السببية والإفضاء إلى القتل فوق الإكراه، لأنَّ الولي يُعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عنه شرعًا وعادةً، فعسىٰ يمتنع المكره من المباشرة فلا يفضي إلى القتل غالبًا، فإذا قتل المكره وهو المسبب فلأَن يقتل الشاهد وهو في التسبيب فوق المكره أوْلىٰ.

قوله: لِأَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ، قال عزَّ سبحانه: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ

وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، ثُمَّ لَا أَقَلَّ مِنَ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقِصَاصِ، بِخِلَافِ المَالِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَالْبَاقِي يُعْرَفُ فِي المُخْتَلِفِ.

قَالَ: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ صَدَرَتْ مِنْهُمْ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ عَلَىٰ شَهَادَتِنَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ وَهُوَ الإِشْهَادُ فَلَا يَبْطُلُ القَضَاءُ لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ فَصَارَ كَرُجُوعِ

لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥] عقيب قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وقال: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وعن النبيِّ عليه الصلاةُ والسلام: «من كظم غيظًا وهو يقدرُ على إنفاذه ملأ اللهُ قلبه أمنًا وإيمانًا»، ورُوِيَ: نادىٰ منادٍ يوم القيامة: أين الذين كان أجورهم على الله؟ فلا يقوم إلا من عفا.

قوله: وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، أي القتلُ الصادر من الوليِّ باختياره الصحيح من غير إجبار ممَّا يقطع نسبة القتل إلى الشهود فكان الفعلُ متصوَّرًا على الوليِّ فلم يكن الشاهد قاتلًا، لأنَّ تخلُّل فعلِ فاعلٍ مختارٍ يقطع النسبة إلى الأوَّل، كمن حلَّ قيد عبد إنسانٍ فأبق العبد لا ضمان على الحال لِمَا قلنا، بخلاف المكره فإنَّ له اختيارًا فاسدًا وللمكره اختيارٌ صحيحٌ، والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره، فلذلك انتقل فعل المكره إلى المكره.

قوله: بِخِلَافِ المَالِ، أي الدية.

قوله: لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ، أي سبب إتلاف مال المدَّعىٰ عليه، وهو الإشهاد علىٰ

الشَّاهِدِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ (وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا ضَمِنُوا، وَهٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ لِأَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنَ الحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ. وَلَهُ أَنَّ الفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الأُصُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا (وَلَوْ رَجَعَ الأُصُولُ وَالْفُرُوعُ جَمِيعًا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الفُرُوعِ لَا غَيْرُ) لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - المَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ ضَمِنَ الأُصُولَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الفُرُوعَ، لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا وَبِشَهَادَةِ الأُصُولِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَالْجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ قَالَ

شهادتِهم، ولا يبطل القضاء للتَّعارض بين الخبرين، فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء لأنَّهم أنكروا التحميل ولا بدَّ منه.

قوله: لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ، من الوجه الذي ذكرا، أي أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالىٰ، إشارةٌ إلىٰ قولهما أنَّ القاضي يقضي بما يعاين من الحجَّة وهو شهادة الفروع، وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر أي محمدٌ رحمه الله تعالىٰ من قوله: أنَّ الفروع نقلوا شهادة الأصول.

قوله: وَالْجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ، لأنَّ شهادة الأصول علىٰ أصل الحقِّ، وشهادة الفروع على شهادة الأصول، فلا يُجمع بينهم في التضمين أي لا يقال أنَّ كل فريقٍ يضمن النصف بل يجعل كل فريقٍ كالمنفرد، وللمشهود عليه الخيارُ كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإنَّ

شُهُودُ الفَرْعِ كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَىٰ ذٰلِكَ) لِأَنَّ مَا أُمْضِيَ مِنَ القَضَاءِ لَا يُنْتَقَضُ بِقَوْلِهِمْ، وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَىٰ غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ. قَالَ: (وَإِنْ رَجَعَ المُزَكَّوْنَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ) لِأَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الإِحْصَانِ. وَلَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، إِذِ القَاضِي لَا يَعْمَلُ بِهَا إِلَّا بِالتَّزْكِيَةِ فَصَارَتْ بِمَعْنَى عِلَّةِ العِلَّةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ

للمغصوب منه أن يضمن أيُّهما شاءَ.

قوله: وَإِنْ رَجَعَ المُزَكَّوْنَ عَنِ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ لِأَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الإِحْصَانِ، وَلَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، لأنَّ الشهادة إنَّما تصير حجةً بالعدالة والعدالة إنَّما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة، كالرمي فإنه سببٌ لمضي السهم في الهواء وذا سببُ الوصول إلى المرمىٰ وذا سبب الجرح وذا سبب ترادف الآلام وذا سببُ الموت، ثمَّ الموت أضيف إلى الرمي الذي هو العلة الأولىٰ حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرطٌ محضٌ والشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبةٌ للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليسَ بموجب موجبًا، وأمَّا الشهادةُ فلا توجب شيئًا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقعُ الفرق بينهما، ولهذا يشترط الذُّكورة في المزكين كشهود الزنا، ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال، ثمَّ الإحصان في معنى العلامة لأنَّ حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلىٰ أن يوجد الشرط، والزنا إذا وجد لم

الإِحْصَانِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَىٰ شُهُودِ اليَمِينِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ، وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَىٰ مُثْبِتِي السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ المَحْضِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ اليَمِينِ دُونَ شُهُودِ الشَّرْطِ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمُ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ. وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ يَمِينُ العَتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

يتوقَّف عمله علىٰ إحصانٍ يحدثُ بعده، فإنه إذا زنىٰ ثمَّ أحصن لا يرجمُ، ولكن الإحصان إذا ثبتَ كان معروفًا لحكم الزنا فثبتَ أنه علامةٌ لا شرطٌ فلم يتعلق به الوجود والوجوب، إذ الحكم لا يُضاف إلى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحالٍ.

قوله: وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ، يعني شهدا أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنتَ حرٌّ، أو قال لامرأته وهي غير مدخولٍ بِها: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالقٌ.

قوله: وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمُ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، قال بعضهم: يضمنون لأنَّ الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علةً، لأنَّ العلل لم تجعل عللًا بذواتِها فاستقامَ أن يخلفها الشروط، والصحيحُ أنَّ شهود الشرط لا يضمنون بحالٍ، نصَّ عليه في الزيادات، وإلىٰ هذا مالَ شمس الأئمة السرخسي، وإلى الأول فخر الإسلام البزدوي رحمهما الله تعالىٰ، ولو شهدا بالتفويض وآخران بأنَّها طلقت أو أعتقت فالتفويضُ كالشرط.

# كِتَابُ الوَكَالَةِ

## كتاب الوكالة

الوكيلُ: القائم بما فوِّض إليه، والجمع الوكلاء، فكأنه فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، لأنه موكولٌ إليه الأمر أي مفوَّضٌ إليه، والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغةٌ، ومنه وكَّله بالبيع فتوكَّل به أي قبل الوكالة، وقولهم الوكيل الحافظ والوكالة الحفظ، فذاك مسبَّبٌ عن الاعتماد والتفويض، كذا في المغرب، والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويضُ التصرُّف إلى الغير، وسُمِّي الوكيلُ به لأنَّ الموكل وكَّل إليه القيام بأمره، أي فوضه إليه واعتمد فيه عليه، وقيل: التوكيل في الشرع عبارةٌ عن إقامة الإنسان غيره مقامَ نفسه في تصرُّفٍ معلومٍ، حتَّىٰ أنَّ التصرف إذا لم يكن معلومًا ثبتَ به أدنىٰ تصرُّفات الوكيل وهو الحفظ، وهي مشروعةٌ بالكتاب، قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩] أخبر الله تعالىٰ عن أهل الكهف أنَّهم وكلوا واحدًا منهم بشراء الطعام، وما قصَّ الله تعالىٰ عن الأمم الماضية بلا إنكارٍ يكون شريعةً لنا ما لم يظهر ناسخه، والسنة: فقد وكَّل رسول الله عليه الصلاة والسلام حكيم ابن حزام بشراء أضحيةٍ، وإجماع الأمة، والمعقول فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر، وقد يعجز عن التصرُّف في ماله لقلَّة هدايته، أو لكثرة أشغاله، أو لكثرة ماله فيحتاج إلىٰ تفويض التصرُّف إلى الغير بطريق الوكالة، فإن قيل: التوكيلُ صحيحٌ عند عدم العوارض، فلو كانت صحَّةُ الوكالة بسبب هذه المعانِي لانحصرت فيها، قلنا: حكمة الحكم تراعىٰ في الجنس لا في الأفراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك.

قَالَ: (كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنِ المُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الأَحْوَالِ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ فَيَكُونَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَقَدْ صَحَّ

قوله: كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ، ولا ترد علىٰ هذا صحة توكيل المسلم الذميَّ بشراء الخمر وببيعها، لأنَّ ذلك عكسٌ وليس بطردٍ فلا يرد نقضًا لأنه لم يقل: كل عقدٍ لم يجز له أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به غيره، فإن قيل: يرد في طرده نقضٌ وهو أنَّ الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها، قلنا: الذميُّ يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها أيضًا، حتَّىٰ أنه لو وكل ذميًّا آخر ببيعها يجوز، وإنَّما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنًى في المسلم وهو أنه مأمورٌ بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابُها، والحرمة إذا جاءت من قبل المحلِّ لا تكون هي مانعةٌ لعبارة التصرف بلفظ الكلِّ، حتَّىٰ أنَّ قائلًا لو قال: كل من تزوَّج امرأةً بنكاحٍ صحيحٍ حلَّ له وطئها، لا يرد عليه الحائضة والمحرمة، لأنا نقول: هناك جائزٌ أيضًا، إلا أن المنع من الوطء جاءَ من قبل المرأة لمعنًى عارضٍ، حتَّى إذا انعدمَ هذا المعنىٰ ظهر المحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا الاستقراض، فإنه لو استقرَضَ بنفسه يجوز، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز، قلنا: التوكيلُ تفويضُ التَّصرُّف وإنَّما يصحُّ ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصحُّ أمره، وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فإنَّ الدراهم التي يستقرضها الوكيلُ ملك المقرض والأمر بالتصرُّف في ملك الغير باطلٌ، ولا نقول: بأنَّ التوكيلَ بالشراء صحيحٌ من حيث إنه أمر بتملك المشترى لأنَّ المشترى ملك الغير وإنَّما يصحُّ لأنه أمر بإيجاب الثَّمن في ذمَّة الموكل وذمته ملكه، وهذا المعنىٰ لا يمكن تحقيقه في الاستقراض لأنَّ البدل في باب القرض إنَّما يجب دينًا في ذمَّة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض، فلا بُدَّ من تصحيح الأمر أوَّلًا بالقبض حتى

«أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَكَّلَ بِالشِّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ وَبِالتَّزْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -» .

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ) لِمَا قَدَّمْنَا مِنَ الحَاجَةِ إِذْ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إِلَىٰ وُجُوهِ الخُصُومَاتِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَكَّلَ عَقِيلًا، وَبَعْدَمَا أَسَنَّ وَكَّلَ عَبْدَ اللهِ

يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته، والأمر بالقبض لم يصح لأنه ملك الغير، ولهذا لو أَخْرَجَ الكلام مخرج الرسالة بأن قال: أرسلني إليك فلان يستقرض منك كذا، فحينئذٍ يثبت الملك للمرسل، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه لأنَّ الرسالة موضوعةٌ لنقل العبارة، فإنَّ الرسول معبِّرٌ والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرُّف في ملكه باعتبار العبارة فيصحُّ فيما هو ملكه، وأمَّا الوكالة فغير موضوعةٌ لنقل عبارة الموكل فإنَّ العبارة للوكيل، ولهذا كانت حقوق العقد ترجع إليه فلا يمكننا تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة، لأنَّ الوكيلَ غيرُ ناقلٍ للعبارة ولا من حيث الأمر لأنه في ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بِهذا أنَّ قوله جاز أن يوكل به غيره أرادَ به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضًا.

قوله: وَكَّلَ بِالشِّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ، أي بشراء الأضحية.

قوله: وَبِالتَّزْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ، وكَّل بتزويج أمه أمَّ سلمة من النبي عليه الصلاة والسلام.

قوله: وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، أي في جميعها، وفي الصحاح: وسائر الناس جميعهم، وقد صحَّ أنَّ عليًّا رضي الله تعالىٰ عنه وكَّل عقيلًا، وإنَّما كان يختار عقيلًا لأنه كان ذكيًّا حاضر الجواب، فلما كَبُر عقيل وأسنَّ وكَّل عبد الله بن جعفر الطيار، إمَّا لأنه وقَّره لكبر سِنِّه، أو لأنه انتقض ذهنه، فوكَّل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابًّا

ابْنَ جَعْفَرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - (وَكَذَا بِإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الوَكَالَةَ لَا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ عَنِ المَجْلِسِ) لِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ وَشُبْهَةُ العَفْوِ ثَابِتَةٌ حَالَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الرُّجُوعِ، وَبِخِلَافِ حَالَةِ الحَضْرَةِ لِانْتِفَاءِ هٰذِهِ الشُّبْهَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ يَنْسَدُّ بَابُ الِاسْتِيفَاءِ

ذكيًا، وَكَذَا بِإِيفَائِهَا، أي بأدائها، وَاسْتِيفَائِهَا، أي قبضها، إِلَّا فِي الحُدُودِ، كحدِّ القذف والسرقة، وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الوَكَالَةَ لَا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ عَنِ المَجْلِسِ، لِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لأنَّ فيه نوعُ شبهةٍ، ولهذا لا يستوفي بكتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجل، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يستوفي القصاص حال غيبة الموكل لأنه حقُّ العبد، ولنا أنه عقوبةٌ والعقوبة تسقطُ بالشبهة، وشبهة العفو ثابتةٌ في حال غيبة الموكل، لجواز أن يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيلُ لا يشعر به، بل هو الظاهر لأنَّ العفو مندوبٌ إليه، قال الله تعالى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥].

قوله: بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ، أي يستوفى الحدود والقصاص عند غيبة الشاهد، لأنَّ الشبهة في حقِّه الرجوعُ، والظاهر في حقِّ الشاهد عدم الرجوع إذ الصدق هو الأصل خصوصًا في حقِّ العدول، بخلاف حال الحضرة أي حضرة الموكل، أي يجوز للوكيل أن يستوفي القصاص حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو.

قوله: وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، هذا جوابٌ لأن يقال: لمَّا حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل فيستوفيه بنفسه، لِمَا أنَّ في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص

أَصْلًا، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تَجُوزُ الوَكَالَةُ بِإِثْبَاتِ الحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِإِقَامَةِ الشُّهُودِ أَيْضًا) وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَقِيلَ هٰذَا الِاخْتِلَافُ فِي غَيْبَتِهِ دُونَ حَضْرَتِهِ لِأَنَّ كَلَامَ الوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى المُوَكِّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ مُتَكَلِّمٌ بِنَفْسِهِ. لَهُ أَنَّ التَّوْكِيلَ إِنَابَةٌ وَشُبْهَةُ النِّيَابَةِ يُتَحَرَّزُ عَنْهَا فِي هٰذَا البَابِ (كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الِاسْتِيفَاءِ) وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ مَحْضٌ لِأَنَّ الوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الجِنَايَةِ وَالظُّهُورَ إِلَى الشَّهَادَةِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّوْكِيلُ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ التَّوْكِيلُ بِالْجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ الحَدُّ وَالْقِصَاصُ.

ممَّا لا يجري فيه الإبدال؟ فأجابَ بقوله: وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ يَنْسَدُّ بَابُ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا.

قوله: وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إشارةٌ إلىٰ قوله: ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق، أي في جميعها، وقد دخلَ فيه التوكيل بالخصومة في حدِّ القذف والسرقة والقصاص، ثمَّ قال: إلا في الحدود والقصاص، فإنَّ الوكالة لا تصحُّ باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخلًا في صدر الكلام، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضًا، وقول محمد رحمه الله تعالىٰ مع أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهو الأظهر، وقيل مع أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وقيل: هذا

وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيهِ أَظْهَرُ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ عَدَمِ الأَمْرِ بِهِ. (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الخَصْمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا. وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الخَصْمِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَلَا خِلَافَ فِي الجَوَازِ إِنَّمَا الخِلَافُ فِي اللُّزُومِ.

الاختلاف في غيبته دون حضرته لأنَّ كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره.

قوله: لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، لأنَّ دفع الحدود والقصاص ثبتَ مع الشبهات، حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال، ولكن هذا الوكيل إذا أقرَّ في مجلس القضاء بما يوجب القصاص علىٰ موكله لم يصح إقراره استحسانًا، وفي القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل، ألا ترىٰ أنَّ في سائر الحقوق جعل إقراره كإقرار الموكل فكذلك في القصاص، وفي الاستحسان نقول: إقرار الوكيل قائمٌ مقامَ إقرار الموكل، والقصاص لا يستوفى بحجةٍ قائمٍ مقام غيرها، توضيحه: أنَّا حملنا التوكيل على الجواب، لأنَّ جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز، فأمَّا في الحقيقة فالإقرار ضدُّ الخصومة، والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة تبقىٰ شبهةً فتعتبر فيما يندرئُ بالشبهات دون ما ثبتَ مع الشبهات.

قوله: مَرِيضًا، المراد نفس المرض، وقيل: إن تكلف الحضور بالركوب على الدابة وغيرها يزداد مرضه.

قوله: وَلَا خِلَافَ فِي الجَوَازِ إِنَّمَا الخِلَافُ فِي اللُّزُومِ، هل ترتدُّ الوكالةُ بردِّ الخصم أم لا؟ عنده ترتدُّ، ولا يلزم للخصم الحضورُ والجواب بخصومة الوكيل، وعندهما لا

لَهُمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رِضَا غَيْرِهِ كَالتَّوْكِيلِ بِتَقَاضِي الدُّيُونِ. وَلَهُ أَنَّ الجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الخَصْمِ وَلِهٰذَا يَسْتَحْضِرُهُ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الخُصُومَةِ، فَلَوْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رِضَاهُ كَالْعَبْدِ المُشْتَرَكِ إِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الآخَرُ، بِخِلَافِ المَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ لِأَنَّ الجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَالِكَ، ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِنَ المُسَافِرِ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ، وَلَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجْرِ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الحُكْمِ، قَالَ الرَّازِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَائِهَا فَيَلْزَمُ تَوْكِيلُهَا. قَالَ: وَهٰذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ المُتَأَخِّرُونَ.

ترتدُّ بردِّه ويلزم الحضورُ والجواب بخصومته، والمتأخرون اختاروا للفتوىٰ أنَّ القاضي إذا علم من الخصم التعنُّت في إباء الوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل، وإن علم من الموكل القصدَ إلى الإضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه إلا برضاء صاحبه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لَهُمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ، وهذا لأنه وكَّله بالجواب، أو بالخصومة، وكلاهما حقُّ الموكل فيصحُّ بلا رضاء الخصم، كالتوكيل بالقبض والإيفاء والتقاضي.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ مُخَدَّرَةً، وهي التي لم تخالط الرجال بكرًا كانت أو ثيبًا، قال الرازي رحمه الله تعالىٰ: يلزم التوكيل، وفي فتاوىٰ قاضي خان: وعامة المشايخ أخذوا

قَالَ: (وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ) لِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ المُوَكِّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَالِكًا لِيُمَلِّكَهُ مِنْ غَيْرِهِ. (وَ) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ (الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ وَيَقْصِدُهُ) لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي العِبَارَةِ فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ صَبِيًّا لَا يَعْقِلُ أَوْ مَجْنُونًا

بما ذكر أبو بكر الرازي، وعليه الفتوىٰ.

قوله: وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، لأنَّ الوكيل يستفيدُ ولاية التصرف منه ويقدرُ عليه من قبله، ومن لا يقدر علىٰ شيءٍ كيف يقدر علىٰ غيره، وقيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وأمَّا علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فالشرطُ أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل، فأمَّا كون الموكل مالكًا للتصرُّف فليس بشرطٍ، حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير، وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد، وقيل: المراد به أن يكون مالكًا لأصل التصرف وإن امتنع بعارض النهي، وبيع الخمر يجوز للمسلم في الأصل وإن امتنع بعارض النهي، وتلزمه الأحكام لأنَّ المطلوب من الأسباب أحكامها، فإن كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصحُّ توكيله، كالصبي المحجور والعبد المحجور، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ، أي يعرف أنَّ الشراء جالبٌ للمبيع سالبٌ للثمن والبيع علىٰ عكسه.

قوله: وَيَقْصِدُهُ، أي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم، وهذا لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بدَّ أن يكون من أهل العبارة، وأهلية العبارة تكون بالعقل لأنَّ المراد بالكلام ما يكون له صورةً ومعنًى، وكل محدثٍ يكون موجودًا بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالعقل والتمييز.

كَانَ التَّوْكِيلُ بَاطِلًا. (وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ العَاقِلُ البَالِغُ أَوِ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا جَازَ) لِأَنَّ المُوَكِّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالْوَكِيلَ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ (وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا جَازَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ وَيَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلِهِمَا) لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ العِبَارَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالْعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَىٰ نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ المَوْلَىٰ، وَالتَّوْكِيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُمَا التِزَامُ العُهْدَةِ. أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالْعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ المُوَكِّلَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ البَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الفَسْخِ لِأَنَّهُ

قوله: وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ، كالقاضي وأمينه، ثمَّ الصبي إذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة، والعبد إذا أُعْتِق يلزمه تلك العهدة، لأنَّ المانع في حقِّ العبد حق المولىٰ وقد زال، وفي حقِّ الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ.

قوله: وَالْعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَىٰ نَفْسِهِ، ولهذا لو أقرَّ بالمال لزمه بعد الحرية وصحَّ إقراره بالقصاص والحدود.

قوله: ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ، قيل: المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء، حتى تصحُّ الإنابة ويكون بمنزلة الصبي المحجور، وقيل: علىٰ حاشية نسخة المصنف «محجورٌ» مقام قوله مجنونٌ، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثمَّ علم أنه صبيٌّ محجورٌ أو عبدٌ محجورٌ جاز له الفسخ، فالظاهر أن قوله: مجنونٌ، تصحيف والعقد الذي يعقده

دَخَلَ فِي العَقْدِ عَلَىٰ أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ عَلَىٰ عَيْبٍ.

قَالَ: (وَالْعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَىٰ نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ، وَالْحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ، فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ. وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقُومُ بِالْكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ

الوكلاء أي جنس العقد.

قوله: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَىٰ نَفْسِهِ، أي لا يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل كالبيع والإجارة.

قوله: وَصَارَ كَالرَّسُولِ، وهو أن يقول رجل لآخر: كُن رسولًا منِّي في بيع عبدي.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقُومُ بِالْكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا، أي صحة عبارته لا لكونه وكيلًا بل لكونه آدميًّا عاقلًا، فثبت أنَّ مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة، إلا أنه كان لا ينفذُ تصرُّفه بِهذه الولاية في محلٍّ هو مملوكٌ للغير إلَّا برضا المالك، والتوكيلُ لتنفيذ حكم التصرف في المحلِّ لا لإثبات الولاية، وغرض الموكل من التوكيل تحصيلُ حكم التصرُّف فجعلناه ثابتًا في حقِّ الحكم وراعينا الأصلَ في حقِّ الحقوق، وفي الإيضاح: أنَّ للوكيل أن يوكل في الحقوق التي يوجبها العقدُ عليه، وله من شاء، وإن وكل الموكل لم يجز، لأنَّ الوكيل أصلٌ في الحقوق فيملك

يَسْتَغْنِي عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا عَنْهُ لَمَا اسْتَغْنَىٰ عَنْ ذٰلِكَ كَالرَّسُولِ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ كَانَ أَصِيلًا فِي الحُقُوقِ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ وَلِهٰذَا قَالَ فِي الكِتَابِ (يُسَلِّمُ المَبِيعَ وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ وَيُطَالِبُ بِالثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَىٰ، وَيَقْبِضُ المَبِيعَ وَيُخَاصِمُ فِي العَيْبِ وَيُخَاصِمُ فِيهِ) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مِنَ الحُقُوقِ وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، اعْتِبَارًا لِلتَّوْكِيلِ السَّابِقِ كَالْعَبْدِ يَتَّهِبُ وَيُصْطَادُ هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إِلَىٰ مُوَكِّلِهِ كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ

التفويض إلى الغير.

قوله: وَيُخَاصِمُ فِي العَيْبِ، ويخاصَمُ بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني.

قوله: وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً، أي ابتداءً بدلًا عنه لا أن يثبت للوكيل ثمَّ ينتقل إلى الموكل، ذكره جوابًا عن قوله: والحكم هو الملكُ يتعلَّق بالموكل، فكذا توابعه.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عن قول الكرخي، فإنَّ عنده يثبتُ الملك للوكيل بالشراء أوَّلًا ثمَّ ينتقل إلى الموكل، والصحيح أنَّ الملك يثبتُ للموكل ابتداءً خلافةً عنه اعتبارًا للتوكيل السابق كالعبد يتَّهب ويصطاد، وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ، وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثمَّ اطلع علىٰ عيبٍ فله أن يردَّه بالعيب ما دام المبيع في يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلَّا بإذنه.

قوله: وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إِلَىٰ مُوَكِّلِهِ، أي لا يستغني فيه عن الإضافة إلى الموكل، ولو أضاف إلىٰ نفسه كان له كالنكاح.

دَمِ العَمْدِ فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ المَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا) ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مَحْضٌ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ لَا يُسْتَغْنَىٰ عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ أَضَافَهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرَّسُولِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا لَا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنِ السَّبَبِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَتَلَاشَىٰ فَلَا يُتَصَوَّرُ

قوله: لِأَنَّ الوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ، ومعبِّر، السفيرُ هو الذي يحكي قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير، كما إذا حكىٰ قذف الغير لا يكون قاذفًا.

قوله: فَصَارَ كَالرَّسُولِ، أي فصار الوكيل في النكاح وأمثاله كالرسول في باب البيع.

قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا، أي هذه العقود وهي النكاح وأمثاله، لَا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنِ السَّبَبِ، حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لأنَّ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم.

قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ، أي لأنَّ السبب إسقاطٌ، أمَّا غير النكاح فظاهرٌ، وكذا في النكاح لأنَّها تسقط مالكيتها بعقد النكاح، ولأنَّ الأصل في الإبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطًا للحرمة نظرًا إلى الأصل، وإنَّما ثبت الملكُ له عليها ضرورةً للتمكن من الوطء، ولهذا لا يظهرُ في حقِّ الفسخ والتمليك من الغير ففيما وراء ذلك فهو إسقاطٌ جريًا على الأصل إذ الحرية تنافي الملك والساقط يتلاشىٰ، ولا يتصوَّرُ أن يكون السبب صادرًا من شخصٍ علىٰ سبيل الإصالة والحكم لغيره لأنه لا يجوز أن يسقط في حقِّ الوكيل ثمَّ يسقط ثانيًا في حقِّ الموكل بالانتقال، لأنَّ الساقط لا يعود إلا بسببٍ جديدٍ ولم يوجد فجعلناه سفيرًا، بخلاف البيع فإنَّ حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار، فجاز أن يصدرُ السبب من شخص أصالةً ويقع الحكمُ لغيره.

صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ سَفِيرًا. وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ العِتْقُ عَلَىٰ مَالٍ وَالْكِتَابَةُ وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ. فَأَمَّا الصُّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى البَيْعِ فَهُوَ مِنَ الضَّرْبِ الأَوَّلِ، وَالْوَكِيلُ بِالْهِبَةِ وَالتَّصَدُّقِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِقْرَاضِ سَفِيرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ المُلْتَمِسِ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ حَتَّىٰ لَا يَثْبُتَ المِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

قوله: فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، أي فلا يجعل الوكيلُ أصيلًا لأنه أجنبيٌّ عن المحل الذي يلاقيه القبض، فكان سفيرًا ومعبِّرًا عن المالك، بخلاف البيع لأنه يتعلَّقُ بالعبارة وهي للوكيل.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ المُلْتَمِسِ، كما لو وكَّله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكمُ والحقوقُ كلها تتعلق بالموكل.

قوله: وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ، أي الوكيل في الشركة والمضاربة سفيرٌ يضيف العقد إلى الموكل لا إلىٰ نفسه.

قوله: إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ، لأنَّ المستقرض يلتزمُ بدل القرض في ذمته ولو قال: بع شيئًا من مالكِ علىٰ أن يكون ثمنه لي لا يصحُّ، فكذا إذا قال: التزم العشرة في ذمتك علىٰ أنَّ عوضه لي، فكان التوكيلُ بالاستقراض قياس التوكيل بالتكدِّي فكان باطلًا، وما استقرض الوكيلُ له أن يمنعه من الآمر، ولو هلكَ هلكَ من ماله.

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُوَكِّلُ الْمُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ) ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ العَقْدِ وَحُقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الحُقُوقَ إِلَى العَاقِدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِهِ ثَانِيًا) ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ المَقْبُوضِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي الأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى المُوَكِّلِ دَيْنٌ يَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ يَقَعُ المُقَاصَّةُ بِدَيْنِ المُوَكِّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الوَكِيلِ وَبِدَيْنِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ وَحْدَهُ إِنْ كَانَ يَقَعُ المُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا ..............................

قوله: يَقَعُ المُقَاصَّةُ بِدَيْنِ المُوَكِّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الوَكِيلِ، وإنَّما كان هذا لأنَّ المقاصَّة إبراءٌ بعوضٍ فيعتبر بالإبراء بغير عوضٍ، ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوضٍ وخرج الكلامان معًا فالمشتري يبرأ ببراءة الآمر، ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجعُ الآمر على المأمور بشيءٍ، فكذلك ههنا، ولأنَّا لو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل احتجنا إلىٰ قصاصٍ آخر فإنَّ الوكيل يقضي للموكل، ولو جعلناه قصاصًا بدين الموكل لا يحتاج إلىٰ قصاصٍ آخر فجعلناه قصاصًا بدين الموكل قصرًا للمسافة، ولأنَّا إذا جعلناه قصاصًا بدين الموكل فقد أثبتنا حكمًا مجمعًا عليه، فإنَّ الموكل يملكُ إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكمًا مختلفًا فيه فكان ما قلناه أوْلىٰ، كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا، لأنَّ الإبراء إسقاطٌ لحقِّ القبض والقبضُ خالصُ حقِّ الوكيل حتَّىٰ لا يمنعه الموكل عن ذلك.

وَلٰكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ.

قوله: وَلٰكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فصلي المقاصَّة والإبراء، ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن في قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنه تصرُّفٌ في ملك الغير، إذ الثمن ملك الموكل.

❊ ❊ ❊

## بَابُ الوَكَالَةِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ

## فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ) لِيَصِيرَ الفِعْلُ المُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الِائْتِمَارُ، (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُ وَكَالَةً عَامَّةً فَيَقُولَ: ابْتَعْ لِي مَا رَأَيْتَ) ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الأَمْرَ إِلَىٰ رَأْيِهِ، فَأَيُّ شَيْءٍ يَشْتَرِيهِ يَكُونُ مُمْتَثِلًا. وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَهَالَةَ

## باب الوكالة بالبيع والشراء

## فصل في الشراء

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ، كالجارية والعبد، وَصِفَتِهِ، أي نوعه كالتُّركي والحبشيِّ، والأصل أنَّ الجهالة ثلاثة أنواعٌ: فاحشةٌ، وهيَ جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهيَ تمنعُ صحة الوكالة وإن بيَّن الثمن، ويسيرة، وهيَ جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهرويِّ والمرويِّ، فإنَّها لا تمنعُ صحة الوكالة وإن لم يبيِّن الثمن، وقال بشر بن غياث لا تصحُّ الوكالة لأنَّ الوكالة بالبيع والشراء معتبرةٌ بنفس البيع والشراء فلا تصحُّ، ومتوسطةٌ، وهيَ بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبدٍ أو بشراء أمةٍ أو دارٍ، فإن بيَّن الثمن والنوع تصحُّ وتلحق بجهالة النوع، وإن لم يبيِّن الثمن أو النوع لا تصحُّ وتلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الإمتثال.

اليَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَبْنَى التَّوْكِيلِ عَلَى التَّوْسِعَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ. وَفِي اعْتِبَارِ هٰذَا الشَّرْطِ بَعْضُ الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ (ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ لَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَإِنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ) ؛ لِأَنَّ بِذٰلِكَ الثَّمَنِ يُوجَدُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ فَلَا يُدْرَىٰ مُرَادُ الآمِرِ لِتَفَاحُشِ الجَهَالَةِ (وَإِنْ كَانَ جِنْسًا يَجْمَعُ أَنْوَاعًا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِبَيَانِ الثَّمَنِ أَوِ النَّوْعِ) ؛ لِأَنَّهُ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النَّوْعُ مَعْلُومًا، وَبِذِكْرِ النَّوْعِ تَقِلُّ الجَهَالَةُ فَلَا تَمْنَعُ الِامْتِثَالَ. مِثَالُهُ: إِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا فَإِنْ بَيَّنَ النَّوْعَ كَالتُّرْكِيِّ وَالْحَبَشِيِّ أَوِ الهِنْدِيِّ أَوِ السِّنْدِيِّ أَوِ المُوَلَّدِ جَازَ، وَكَذَا إِذَا بَيَّنَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ بَيَّنَ النَّوْعَ أَوِ الثَّمَنَ وَلَمْ يُبَيِّنِ الصِّفَةَ وَالْجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ وَالسِّطَةَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ، وَمُرَادُهُ مِنَ الصِّفَةِ المَذْكُورَةِ فِي

---

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا - كالدَّابة والثوب - أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ، كالدَّار والرَّقيق.

قوله: مِثَالُهُ: إِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ، أي مثال ما يجمع أنواعًا.

قوله: أَوِ المُوَلَّدِ، في المغرب: المولَّدة التي ولدت في بلاد الإسلام.

قوله: وَكَذَا إِذَا بَيَّنَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنَّ بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا، وقال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سُمِّي من الثمن من كل نوعٍ لا يصحُّ ببيان الثمن ما لم يبيِّن النوع، كذا في الذخيرة.

الكِتَابِ النَّوْعُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالْوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِلْجَهَالَةِ الفَاحِشَةِ، فَإِنَّ الدَّابَّةَ فِي حَقِيقَةِ اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَدِبُّ عَلَىٰ وَجْهِ الأَرْضِ. وَفِي العُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى الخَيْلِ وَالْحِمَارِ وَالْبَغْلِ فَقَدْ جَمَعَ أَجْنَاسًا، وَكَذَا الثَّوْبُ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ المَلْبُوسَ مِنَ الأَطْلَسِ إِلَى الكِسَاءِ وَلِهَٰذَا لَا يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَكَذَا الدَّارُ تَشْمَلُ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا بِاخْتِلَافِ الأَغْرَاضِ وَالْجِيرَانِ وَالْمَرَافِقِ وَالْمَحَالِّ وَالْبُلْدَانِ فَيَتَعَذَّرُ الِامْتِثَالُ.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَّىٰ ثَمَنَ الدَّارِ وَوَصَفَ جِنْسَ الدَّارِ وَالثَّوْبِ جَازَ) مَعْنَاهُ نَوْعُهُ، وَكَذَا إِذَا سَمَّىٰ نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ حِمَارًا أَوْ نَحْوَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا فَهُوَ عَلَى الحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا) اسْتِحْسَانًا. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَىٰ كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ كَمَا فِي اليَمِينِ عَلَى الأَكْلِ إِذِ الطَّعَامُ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ ..................

قوله: وَكَذَا إِذَا سَمَّىٰ نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ حِمَارًا، أي يصحُّ التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسمِّ الثمن، لأنَّ الجنس صار معلومًا بالتسمية وإنَّما بقيت الجهالة في الوصف فتصحُّ الوكالة بدون تسمية الثمن، فإن قيل: ليس كذلك فإنَّ الحُمر أنواعٌ، منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه، قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أنَّ ذلك يصير معلومًا بمعرفة حال الموكل، حتى قالوا أنَّ القاضي إذا أمر إنسانًا أن يشتري له حمارًا ينصرف إلىٰ ما يركب مثله، حتَّىٰ لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه، وقد صحَّ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام وكَّل حكيم بن حزام بشراء شاةٍ للأضحية.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ وَهُوَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ مَقْرُونًا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَا عُرْفَ فِي الأَكْلِ فَبَقِيَ عَلَى الوَضْعِ، وَقِيلَ إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ فَعَلَى الحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَّتْ فَعَلَى الخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا بَيْنَ ذٰلِكَ فَعَلَى الدَّقِيقِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى الوَكِيلُ وَقَبَضَ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالْعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ العَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ (فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ) ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَىٰ حُكْمُ الوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ يَدِهِ الحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلِهٰذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدَّعِي فِي المُشْتَرِي دَعْوَىٰ كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى المُوَكِّلِ لَا بَعْدَهُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ - أي أقوىٰ - وَهُوَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، أي على الحنطة ودقيقها، قيل هذا عُرف أهل الكوفة فإنَّ سوق الحنطة ودقيقها يسمَّىٰ سوق الطعام، فأمَّا في غير أهل الكو فة ينصرف إلىٰ شراء كلِّ مطعومٍ، وبعض مشايخ ما وراء النهر قالوا: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه، فيصرف التوكيل إليه دون الحنطة والدقيق والخبز، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ: وعليه الفتوىٰ، كذا في الذخيرة، وقيل: إن كثرت الدَّراهم فعلى الحنطة إلا أن يكون ثمَّة وليمةٌ فعلى الخبز وإن كثرت، وإن قلَّت فعلى الخبز، والقلَّة مثل درهمٍ إلىٰ ثلاثة، والوسطىٰ مثل أربعةٍ إلىٰ خمسةٍ أو سبعةٍ.

فَيَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَمُرَادُهُ التَّوْكِيلُ بِالْإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ ذٰلِكَ لَا يَجُوزُ، فَإِنَّ الوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لِغَيْرِهِ، وَهٰذَا لَا يَجُوزُ. (فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ) لِوُجُودِ الِافْتِرَاقِ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ (وَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ المُوَكِّلِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَالْمُسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ قَبْضُ العَاقِدِ وَهُوَ الوَكِيلُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ المَحْجُورِ

قوله: وَمُرَادُهُ التَّوْكِيلُ بِالْإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ، أي يصحُّ التوكيلُ من رب السلم ولا يصحُّ من المسلم إليه فقال أَسْلَم في كذا، أي اشترىٰ بالسلم، وإنَّما لم يصحُّ توكيل المسلم إليه لأنه لو صحَّ التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعامًا في ذمَّة نفسه علىٰ أن يكون الثمن لموكله وهو المسلم إليه، وذلك لا يجوز لأنَّ من باعَ ملك نفسه من الأعيان علىٰ أنَّ الثمن لغيره لا يجوز، وكذلك في الديون.

قوله: فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ، أي في الصرف والسَّلم قبل أن يقبض المسلم إليه رأسُ المال.

قوله: فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ، أي يصحُّ قبض الوكيل سواءٌ تعلَّق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون، أو لم تتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، وهذا دفعُ سؤالٍ وهو أنَّ الصبيَّ المحجورَ والعبد المحجورَ إذا توكَّلا من آخرٍ يصحُّ ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلُّم، بل يرجع علىٰ موكلهما فكيف يتعلَّق ههنا بالصبيِّ المحجور والعبد المحجور حتَّىٰ بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما، فأجابَ أنَّ قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيحٌ، وإن كان لا يلزمهما فدارَ ههنا شرطُ جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحَّة

عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي العَقْدِ لَا فِي القَبْضِ، وَيَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى المُرْسِلِ فَصَارَ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضَ غَيْرِ العَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ وَقَبَضَ المَبِيعَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى المُوَكِّلِ) ؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ، وَلِهٰذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ المُوَكِّلُ بِالْعَيْبِ عَلَى الوَكِيلِ وَقَدْ سَلَّمَ المُشْتَرِي لِلْمُوَكِّلِ مِنْ جِهَةِ الوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ الحُقُوقَ لَمَّا كَانَتْ

لا باللُّزوم، وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط: وفي حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضرُّ، وهذا غير مشكلٌ فيما إذا كان الوكيلُ ممَّن يتعلق به حقوق العقد لأنه بمنزلة العاقد لنفسه، وكذلك إذا كان ممَّن لا يتعلَّق به حقوقُ العقد لأنَّ قبضه وتسليمه صحيحٌ، وإن كان لا تتوجَّه عليه المطالبة ففي حكم صحَّة التقابض هو بمنزلة وكيلٍ يتعلَّقُ به حقوق العقد.

قوله: بِخِلَافِ الرَّسُولِ، أي في الصرف والسلم، لأنَّ الرسالة حصلت في العقد لا في القبض، وكلام الرسول ينتقل إلى المرسل فصارَ قبض الرسول قبضَ غير العاقد.

قوله: وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، لِمَا بَيَّنَّا، أي سواءٌ كان الوكيل دَفَع الثمن إلى البائع أو لم يدفع، كذا في المبسوط، وفي الذخيرة: ولم يذكر قول محمد رحمه الله تعالىٰ في شيءٍ من الكتب أنَّ الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه، هل له حقُّ الحبس عن الموكل حتى يستوفي الثمن منه؟ حُكِيَ عن الشيخ شمس الأئمة الحلوانِي أنَّ له ذلك وأنه صحيحٌ، لأنَّ حقَّ الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد، بل لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل وبين الموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل أو لم ينقد.

رَاجِعَةً إِلَيْهِ وَقَدْ عَلِمَهُ المُوَكِّلُ يَكُونُ رَاضِيًا بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِهِ (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ) ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِ المُوَكِّلِ، فَإِذَا لَمْ يَحْبِسْهُ يَصِيرُ المُوَكِّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ (وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ مِنَ المُوَكِّلِ. وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ فَكَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَيَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ. قُلْنَا: هٰذَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الحَبْسِ، عَلَىٰ أَنَّ قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ فَيَقَعُ لِلْمُوَكِّلِ إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ (فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَضَمَانَ الغَصْبِ عِنْدَ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، لَهُمَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ مِنْهُ فَكَانَ حَبْسُهُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ

قوله: قُلْنَا: هٰذَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، يعني القبضُ للوكيل علىٰ وجهٍ يصير الموكلُ به قابضًا ممَّا لا يمكن التحرُّز عنه للوكيل، وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوًا، فكان في حكم العدم فلم يكن دليلُ سقوط حقه في الحبس، لأنَّ سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقَّق عنه الرضا فيما لا طريقَ له إلى التحرُّز عنه، وإنَّما جعلَ يد الوكيل يد الموكل حكمًا في هلاك المبيع حتَّىٰ هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لا في حقِّ عدم ولاية الحبس له بالثمن.

قوله: وَضَمَانَ الغَضْبِ عِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، وصورة ظهور هذه الاختلافات إذا كان الثمن خمسة عشر مثلًا وقيمة المبيع عشرةً يرجع الوكيل بخمسة

بِهَلَاكِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ الرَّهْنُ بِعَيْنِهِ بِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ وَهَا هُنَا لَا يَنْفَسِخُ أَصْلُ العَقْدِ. قُلْنَا: يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ وَالْوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ المُوَكِّلُ بِعَيْبٍ وَرَضِيَ الوَكِيلُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ فَاشْتَرَىٰ عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ مِنْ لَحْمٍ يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ .........

على الموكل عند من يقول بضمان الغصب، ولا يرجع أحدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن أو المبيع، ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويسقط الثمن كله، ولا يجب شيءٌ عند من يقول بضمان المبيع أو الرهن.

قوله: أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ، أي بعد أن لم يكن مضمونًا فيكون في معنى المرهون، بخلاف المبيع فإنه مضمونٌ بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبس، توضيحه: أنه يحبسه ليستوفي ما أدَّىٰ عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن، وهما يقولان: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل جريان التَّحالُف، والدليلُ علىٰ أنَّ هذا ليس نظير الرهن أنَّ هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة، والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة، إنَّما يثبت ذلك بحكم البيع.

قوله: كَمَا إِذَا رَدَّهُ المُوَكِّلُ بِعَيْبٍ - أي إلى الوكيل - وَرَضِيَ الوَكِيلُ بِهِ، فإنه يصير للوكيل ولا ينفسخ بين البائع والوكيل.

لَزِمَ المُوَكِّلَ مِنْهُ عَشْرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العِشْرُونَ بِدِرْهَمٍ) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرِ الخِلَافَ فِي الأَصْلِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِصَرْفِ الدِّرْهَمِ فِي اللَّحْمِ وَظَنَّ أَنَّ سِعْرَهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَإِذَا اشْتَرَىٰ بِهِ عِشْرِينَ فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا وَصَارَ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ بِأَلْفٍ

قوله: لَزِمَ المُوَكِّلَ مِنْهُ عَشْرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فإن قيل: ينبغي أن لا يلزم الآمر عشرة بنصف درهم عنده، لأنَّ هذه العشرة تثبت ضمنًا للعشرين لا قصدًا وهو قد وكَّله بشراء عشرةٍ قصدًا، ومثل هذا لا يجوز علىٰ قوله، كما إذا قال لرجل: طلق امرأتِي واحدةً فطلَّقها ثلاثًا لا تقع واحدةٌ، لثبوتِها في ضمن الثلاث والمتضمِّن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضًا تبعًا له، قلنا: ذلك مسلم في الطلاق لأنَّ المتضمن لم يثبت أصلًا، لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه، لأنَّ المرأةَ امرأةُ الموكل لا امرأةُ الوكيل، وأمَّا ههنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لأنَّ الشراء إذا وجد نفاذًا لا يتوقَّف بل ينفذ على الوكيل، كما في سائر الصُّور التي خالف الوكيل بالشراء، فلمَّا ثبتَ المتضمِّن وهو العشرون ثبتَ ما في ضمنه وهو العشرة، إلا أنَّ الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهمٍ وهو مخالفة إلىٰ خير فلا تكون مخالفةً فينفذ على الموكل.

قوله: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي في بعض نُسَخ القدوري، ومحمدٌ رحمه الله تعالى لم يذكر الخلافَ في الأصل، أي في المبسوط حيث قال في باب الوكالة: بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور، لأنه أمر بشراء قدرٍ مسمًّىٰ، فما زاد علىٰ ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريًا لنفسه، وفي القدر الذي تناوله أمره قد حصل

فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشِرَاءِ الزِّيَادَةِ فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ وَشِرَاءُ العَشَرَةِ عَلَى المُوَكِّلِ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ بَدَلُ مِلْكِ المُوَكِّلِ فَيَكُونُ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَىٰ مَا يُسَاوِي عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ حَيْثُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الآمِرَ يَتَنَاوَلُ السَّمِينَ وَهٰذَا مَهْزُولٌ فَلَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُ الآمِرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي

مقصوده وزاده منفعةً بالشراء بأقلَّ مما سمَّىٰ له فكان مشتريًا للآمر.

قوله: فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ، أي شراء الزيادة على الوكيل، وشراء العشرة على الموكل، وهذا بخلاف ما إذا أمره أن يشتري له ثوبًا هرويًّا بعشرةٍ فاشترىٰ له هرويين بعشرةٍ كل واحد منهما يساوي بعشرةٍ حيث لا ينفذ واحد منهما على الآمر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ اللحم من ذوات الأمثال في الصحيح، فلا تفاوت إذًا بين عشرة للآمر وبين عشرة للوكيل، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة بين الثوبين إلا بالقيمة، والقيمة تختلف باختلاف المقوِّمين فلا يتعيَّن حق الموكل في واحد منهما، وإلىٰ هذا أشار في التَّتمة في التعليل حيث قال: لأنِّي لا أدري أيُّهما أعطيه بحصته من العشرة، لأنَّ القيمة لا تعرف إلَّا بالحزر والظنِّ.

قوله: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ، سواءٌ نوىٰ عند العقد الشراءَ لنفسه أو صرَّح بالشراء لنفسه بأن قال: اشهدوا أنِّي قد اشتريتُ لنفسي، إلَّا إذا خالف في الثمن لا إلىٰ خيرٍ أو خالف إلىٰ جنسٍ آخر غير الذي سمَّاه الموكل، هذا إذا كان الموكل غائبًا، فإن كان حاضرًا وصرَّح الوكيلُ بالشراء لنفسه يصير مشتريًا لنفسه، كذا في

إِلَىٰ تَغْرِيرِ الآمِرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَىٰ مَا قِيلَ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ المُوَكِّلِ، فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّىٰ فَاشْتَرَىٰ بِخِلَافِ جِنْسِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّىٰ فَاشْتَرَىٰ بِغَيْرِ النُّقُودِ أَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِشِرَائِهِ فَاشْتَرَى الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَكِيلِ الأَوَّلِ فِي هٰذِهِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ الآمِرِ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. وَلَوِ اشْتَرَى الثَّانِيَ بِحَضْرَةِ الوَكِيلِ الأَوَّلِ نَفَذَ عَلَى المُوَكِّلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ: فَاشْتَرَىٰ عَبْدًا فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ المُوَكِّلِ) قَالَ: هٰذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَىٰ دَرَاهِمِ الآمِرِ كَانَ لِلآمِرِ وَهُوَ المُرَادُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ المُوَكِّلِ ............

التَّتمة، ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثمَّ قال: وإنَّما كان كذلك لأنَّ العبد إذا كان بعينه فشراؤه داخلٌ تحت الوكالة من كل وجهٍ، فمتىٰ أتىٰ به علىٰ موافقة الآمر وقعَ الشراء للموكل نوىٰ أو لم ينو، وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا وأشهد أنه اشترىٰ لنفسه فإنه يكون مشتريًا لنفسه لأنه عَزَلَ نفسه حال حضرة الموكل ولا كذلك حال غيبة الموكل.

قوله: فَاشْتَرَىٰ بِغَيْرِ النُّقُودِ، كالمكيل والموزون.

قوله: لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا، وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فإنه لو طلّق الثاني بحضرة الأول لا يقعُ، لأنَّ فعل الأول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع بدونه، ولا كذلك هنا لأنه من قبيل الإثباتات فلا يكون قابلًا للتعليق، والمعنىٰ في المسئلة أنه أمكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة.

دُونَ النَّقْدِ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا وَخِلَافًا، وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ دَرَاهِمِ نَفْسِهِ كَانَ لِنَفْسِهِ حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَىٰ دَرَاهِمِ غَيْرِهِ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ دَرَاهِمَ مُطْلَقَةٍ، فَإِنْ نَوَاهَا لِلْآمِرِ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وَإِنْ نَوَاهَا لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَيَعْمَلَ

قوله: دُونَ النَّقْدِ مِنْ مَالِهِ، أي المراد بقوله: أو يشتريه بمال الموكل، أن يضيف العقد إلىٰ دراهم الموكل لا أن ينقد من مال الموكل من غير أن يضيف العقد إليه، لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا، بعد أن يشتريه بدراهم مطلقةً، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراءُ للوكيل، وَخِلَافًا، أي فيما إذا تصادقا علىٰ أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يشتريه للموكل أو للوكيل، فعلىٰ قول محمدٍ رحمه الله تعالىٰ العقدُ للوكيل، وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ يحكم النقد علىٰ ما يجيء.

قوله: وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ، أي لو أضاف العقد إلىٰ دراهم الموكل يقعُ العقدُ للموكل بالإجماع، وَهُوَ مُطْلَقٌ، أي قوله: أو نشتَريه بمال الموكل مطلقٌ، أي مذكورٌ من غير خلافٍ فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو أن يضيف العقد إلىٰ مال الموكل.

قوله: حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً، هذا تمسُّكٌ بدلالة العُرف والشرع بعد ذكر المسئلتين إضافة العقد إلىٰ دراهم آمره وإضافة العقد إلىٰ دراهم نفسه فالتمسُّك بدلالة العرف والعادة شاملٌ للمسئلتين، إذ العرف مستمرٌّ بأنَّ مضيف العقد إلىٰ دراهم نفسه مشترٍ لنفسه والمضيِّفُ إلىٰ دراهم آمره مشترٍ لآمره، فأمَّا التمسُّك بدلالة الشرع إنَّما يرجع إلى المسئلة الأولىٰ خاصَّةً إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلىٰ مال غيره حرامٌ، ولكن الشراء لغيره بإضافة العقد إلىٰ مال نفسه ليس بحرامٍ.

لِلْآمِرِ فِي هٰذَا التَّوْكِيلِ، وَإِنْ تَكَاذَبَا فِي النِّيَّةِ يَحْكُمُ النَّقْدُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: هُوَ لِلْعَاقِدِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ جَعْلُهُ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحْكُمُ النَّقْدُ؛ لِأَنَّ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ فَيَبْقَىٰ مَوْقُوفًا، فَمِنْ أَيِّ المَالَيْنِ نَقَدَ فَقَدْ فَعَلَ ذٰلِكَ المُحْتَمَلَ لِصَاحِبِهِ وَلِأَنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمِلُ النِّيَّةَ لِلْآمِرِ، وَفِيمَا قُلْنَا حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَاذُبِ. وَالتَّوْكِيلُ بِالْإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَىٰ هٰذِهِ الوُجُوهِ.

قوله: وَفِيمَا قُلْنَا حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ، لأنه لو قلنا بأنَّ العقد يقعُ له، فإن نقدَ من مال الآمر يكون غاصبًا فقلنا يقع للموكل إذا نقدَ من ماله حملًا لحاله على الصلاح.

قوله: وَالتَّوْكِيلُ بِالْإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَىٰ هٰذِهِ الوُجُوهِ، أي وفاقًا وخلافًا، وإنَّما خصَّه بالذكر مع أنه توكيلٌ بالشراء وقد بيَّن حكمه لأنَّ بعض مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ قالوا في مسئلة الشراء: إذا تصادقا أنه لم يحضره النية فالعقد للوكيل إجماعًا ولا يحكم العقد، وأمَّا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ في مسئلة التوكيل بالإسلام، وهذا القائل فرَّق بين مسئلة الشراء ومسئلة السَّلم علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، والفرقُ أنَّ للنقد أثرًا في تنفيذه السلم فإنه إذا لم ينقد رأس المال يبطلُ السلم، فإذا جهل من نَفَذ عليه وجب استبانة ذلك بالنقد، وليس للنقد أثرٌ في تنفيذ الشراء حتى يستبان من نفذَ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعًا للعاقد عملًا بقضية الأصل، كذا في الذخيرة، وفرَّق أبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ بين هذا وبين المأمور بالحجِّ عن الغير إذا أطْلَق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدًا لنفسه، لأنَّ الحجَّ عبادةٌ والعبادة لا تتعدَّىٰ إلا بالنية فكان

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ فَقَالَ قَدْ فَعَلْتُ وَمَاتَ عِنْدِي وَقَالَ الآمِرُ اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ) ؛ لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الآمِرِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ. وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي هُوَ أَمِينٌ يُرِيدُ الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ. وَلَوْ كَانَ العَبْدُ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَ الشِّرَاءِ فَلَا يُتَّهَمُ فِي الإِخْبَارِ عَنْهُ. وَعَنْ أَبِي

مأمورًا بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفًا بترك ما هو الشرط، أمَّا في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفًا فيبقىٰ حكم عقده موقوفًا على النقد، كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيوعه.

قوله: أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، لأنَّ العبد ميِّتٌ والكلام فيه، والعبد الميت ليسَ بمحلٍّ لعقد الشراء.

قوله: وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ، أي سبب الرجوع بالثمن، وإنَّما قال: وهو الرجوع بالثمن، ولم يقل: وهو العقد، لأنَّ مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر، فترك الواسطة وهي العقد وصرَّح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرًا للمسبب وإرادةً للسبب، وجاز هذا لأنَّ الرجوع بالثمن على الآمر مختصٌّ بالشراء لأجل الآمر، وفي بعض النسخ: لا يملك استئنافه، وهو بِهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر، وهذا ظاهرٌ.

قوله: لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَ الشِّرَاءِ، لأنَّ العبد حيٌّ والحيُّ محلٌّ للشراء فيملك أن

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: القَوْلُ لِلْآمِرِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ بِأَنِ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الآمِرَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِذٰلِكَ وَلَا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالْعَبْدُ حَيٌّ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءٌ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ، وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَا يَمْلِكُ

يشتريه في الحال لأجل الآمر، فإن قيل: الشراءُ لا يتوقَّف بخلاف البيع لمَّا وقع شراؤه أوَّلًا للوكيل حين اشترىٰ كيف يقع بعد ذلك للموكل، قلنا: استئناف الشراء دائرٌ مع التصوُّر فيتصوَّر أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثمَّ يشتريه لأجل الموكل.

قوله: تَبَعًا لِذٰلِكَ، أي تبعًا لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة، لأنَّا إنَّما صدقنا باعتبار الثمن لأنه يدَّعي الخروج عن عهدة الأمانة، ومن ضرورة ذلك قبول قوله في أنَّ الشراء كان للآمر، وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر إلىٰ وصفه فلا ينظر هنا إلىٰ كون الوكيل متهمًا أو غير متهم.

قوله: وَلَا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، أي فيما إذا لم يكن الثمن منقودًا.

قوله: لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ، فإن قيل: الوليُّ إذا أقرَّ بتزويج الصغيرة لا يقبلُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال، قلنا: قوله يملك استئنافه وقعَ علىٰ قولهما، وقوله: وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ، وقع علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلمَّا لم يكن قوله: يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يرد الإشكال علىٰ قوله، أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضًا

شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذٰلِكَ الثَّمَنِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.
(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ بِعْنِي هٰذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ ثُمَّ جَاءَ فُلَانٌ وَقَالَ أَنَا أَمَرْتُهُ بِذٰلِكَ فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْوَكَالَةِ عَنْهُ فَلَا يَنْفَعُهُ الإِنْكَارُ اللَّاحِقُ. (فَإِنْ قَالَ

فكان ذلك عبارةً عن إنشاء النكاح ابتداءً فلا يرد الإشكال، لِمَا أنه إنَّما لا يقبل هناك إقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لأنه لا يتصوَّر إنشاء شرعًا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطَّرد الجواب عنده في المسئلتين.

قوله: عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنه موضع تُهمةٍ، وهذه المسئلة علىٰ وجهين: إمَّا أن وكَّله بشراء عبدٍ بعينه أو بغير عينه، وكلُّ ذلك علىٰ وجهين: إمَّا إذا كان الثمن منقودًا أو لم يكن، وكلُّ ذلك علىٰ وجهين: إما إن كان العبد قائمًا أو هالكًا، فإن كان الثمن منقودًا فالقولُ للوكيل في جميع الوجوه، لأنه يدعي خروج نفسه عن عهدة الأمانة.

قوله: بِعْنِي هٰذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، معناه: أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد، فبعه حتى أشتَريه لأجله.

قوله: فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ، أي له ولاية الأخذ.

قوله: لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ، وهو قوله: بِعْنِي هٰذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، إقرارٌ بالوكالة من فلانٍ، فإن قيل: يحتمل أنَّ معناه لشفاعة فلانٍ كما قال محمد رحمه الله تعالىٰ في كتاب الشفعة، ولو أنَّ أجنبيًّا طَلَبَ من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لكَ بطلت الشفعة استحسانًا، كأنه قال سلمت هذه الشفعة لا بملك، قلنا: اللام للتمليك وإنَّما حمل

فُلَانٌ لَمْ آمُرْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ) ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرَىٰ لَهُ فَيَكُونُ بَيْعًا عَنْهُ وَعَلَيْهِ العُهْدَةُ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي، كَمَنِ اشْتَرَىٰ لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ حَتَّىٰ لَزِمَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرَىٰ لَهُ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَىٰ وَجْهِ البَيْعِ يَكْفِي لِلتَّعَاطِي وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَقْدُ الثَّمَنِ، وَهُوَ يَتَحَقَّقُ فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ لِاسْتِتْمَامِ التَّرَاضِي وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي البَابِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَىٰ لَهُ أَحَدَهُمَا جَازَ) ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ، وَقَدْ لَا يَتَّفِقُ الجَمْعُ

على الإسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقًا بسؤال الإسقاط ولا كذلك ههنا.

قوله: إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرَىٰ لَهُ، رُوِي بروايتين علىٰ صيغة اسم الفاعل ومعناه: إلا أن يسلم العبد الفضولي الذي اشتراه لأجل فلانٍ إليه، وعلىٰ صيغة اسم المفعول ويكون مفعولًا ثانيًا بدون حرف الجرِّ وهو فلانٌ والفاعل مضمرٌ أي: إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشترىٰ له وهو فلانٌ، وهذا الاستثناء من قوله: لم يكن له، أي لم يكن لفلانٍ إلَّا في صورة التسليم إليه، وإنَّما ذكر صورة التسليم إليه لأنَّ فلانًا لو قال أجزتُ بعد قوله: لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري، لأنَّ الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقدٌ جائزٌ نافذٌ على المشتري.

قوله: وَعَلَيْهِ العُهْدَةُ، أي وعلى المشتري العهدةُ لأنه صار بائعًا من فلانٍ بالتعاطي.

قوله: وَهُوَ المُعْتَبَرُ، أي التَّراضي في الباب، أي في باب البيع قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ (إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، وَهٰذَا كُلُّهُ بِالْإِجْمَاعِ (وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِأَلْفٍ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِنِ اشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَإِنِ اشْتَرَىٰ بِأَكْثَرَ لَمْ يَلْزَمَ الآمِرَ) ؛ لِأَنَّهُ قَابَلَ الأَلْفَ بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ دَلَالَةً، فَكَانَ آمِرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ الشِّرَاءُ بِهَا مُوَافَقَةٌ وَبِأَقَلَّ مِنْهَا مُخَالَفَةٌ إِلَىٰ خَيْرٍ وَالزِّيَادَةُ إِلَىٰ شَرٍّ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ فَلَا يَجُوزُ (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ البَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا) ؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الأَوَّلِ قَائِمٌ وَقَدْ حَصَلَ غَرَضُهُ المُصَرَّحُ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ العَبْدَيْنِ بِالْأَلْفِ وَمَا ثَبَتَ الِانْقِسَامُ إِلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنِ اشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الأَلْفِ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ

قوله: لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، قيَّد به احترازًا عن التوكيل بالبيع فإنَّ ذلك يجوزعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ بالغبن الفاحش، وأمَّا في التوكيل بالشراء فلا يتحمَّلُ الغبن الفاحش.

قوله: إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ البَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الأَوَّلِ قَائِمٌ، فإن قيل: الخلاف قد تحقَّق والشراء لا يتوقَّف فكيف يكون كله للموكل؟ قلنا: العمل بالصريح أقْوَىٰ من العمل بالدلالة، والموكل صرح باكتساب العبدين بألفٍ، وإنَّما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها بصريحٍ فإذا جاء الصريح بطل العملُ بِها والشراء قد يتوقَّف إذا لم يجد نفاذًا على المشتري، كالوكيل بشراء عبد إذا اشترىٰ نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتدِّ.

مِنَ الأَلْفِ مَا يُشْتَرَىٰ بِمِثْلِهِ البَاقِي جَازَ) ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ لٰكِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا قُلْنَا، وَلٰكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَىٰ مِنَ الأَلْفِ بَاقِيَةٌ يُشْتَرَىٰ بِمِثْلِهَا البَاقِي لِيُمْكِنَهُ تَحْصِيلُ غَرَضِ الآمِرِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هٰذَا العَبْدَ فَاشْتَرَاهُ جَازَ) ؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ المَبِيعِ تَعْيِينَ البَائِعِ؛ وَلَوْ عَيَّنَ البَائِعَ يَجُوزُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَمَاتَ فِي يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الآمِرُ مَاتَ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي، وَإِنْ قَبَضَهُ الآمِرُ فَهُوَ لَهُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَا: هُوَ لَازِمٌ لِلْآمِرِ إِذَا قَبَضَهُ المَأْمُورُ) وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ. لَهُمَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي المُعَاوَضَاتِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا، أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ العَقْدُ فَصَارَ الإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً فَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَيَلْزَمُ الآمِرَ؛ لِأَنَّ يَدَ الوَكِيلِ كَيَدِهِ ..........................

قوله: أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ، أي يشتري بعقد السلم، أَوْ يَصْرِفَ، أي يشترى بما عليه الدراهمَ أو الدنانيرَ.

قوله: فَصَارَ الإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً، أي التقييد بالدَّين أو بالعين وعدم التقييد سواءً.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الوَكَالَاتِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالْعَيْنِ مِنْهَا أَوْ بِالدَّيْنِ مِنْهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ العَيْنَ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، وَإِذَا تَعَيَّنَتْ كَانَ هٰذَا تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْ دُونِ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِقَبْضِهِ وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِدَيْنٍ

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الوَكَالَاتِ، أي بعد التسليم إلى الوكيل، وفي الذخيرة: قال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في الزيادات: رجلٌ قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف الدراهم جاريةً وأراه الدَّراهم، ولم يسلمها إلى الوكيل حتّىٰ سرقت الدراهم ثمَّ اشترى الوكيل جاريةً بألف درهمٍ لزم الموكل، ثمَّ قال: الأصل أنَّ الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلافٍ، لأنَّ الوكالات وسيلةٌ إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء، والدَّراهم والدنانير لا تتعينان قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلةٌ إليه، فأمَّا بعد التسليم هل تتعيَّن؟ اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تتعين حتى تبطل الوكالة بِهلاكها لأنَّ يد الوكيل يدُ أمانةٍ والدراهم والدنانير تتعينان في الأمانات، وعامتهم علىٰ أنَّها لا تتعيَّن، وفائدة النقد والتسليم علىٰ قول عامة المشايخ اثنتان: إحداهما يتوقَّف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فإنَّ العُرف الظاهر فيما بين الناس أنَّ الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل، والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه، وهذا لأنَّ شراء الوكيل يوجب دينين دينًا للبائع على الوكيل ودينًا للوكيل على الموكل.

قوله: ثُمَّ اسْتَهْلَكَ، قيَّد بالاستهلاك لأنَّ الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل، وإنَّما تبطلُ بالهلاك في يد الوكيل.

قوله: كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِدَيْنٍ عَلَىٰ غَيْرِ المُشْتَرِي، أي علىٰ غيره، وهذا من قبل وضع

عَلَىٰ غَيْرِ المُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ، وَذٰلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَالِي عَلَيْكَ مَنْ شِئْتَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ البَائِعُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ فِي القَبْضِ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ المَالَ لِلّٰهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوْكِيلُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى المَأْمُورِ فَيَهْلِكُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبَضَهُ الآمِرُ

الظاهر موضع المضمر، بأن كان لزيدٍ علىٰ عمروٍ دين مثلًا فاشترىٰ زيدٌ من آخر شيئًا بذلك الدين الذي له علىٰ عمرو لا يجوز.

قوله: أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ، معطوفٌ علىٰ: كان هذا تمليك الدين.

قوله: إِلَّا بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ، أي قبل القبض، والمراد من الصَّرف الدفع لا بيع الصرف، أي صار أمرًا بتمليك ما لا يملكه لأنَّ ربَّ الدين لا يملك الدين حقيقةً قبل القبض لأنَّ الدُّيون تقضىٰ بأمثالها لا بأعيانِها، فكان ما أدَّى المديون إلى البائع أو إلىٰ رب الدين ملك المديون، وربُّ الدين لا يملك ما في ذمَّة المديون قبل القبض حقيقةً فكان أمرُ رب الدين المديون بالدفع إلى البائع أمرًا فيما لا يملكه فكان باطلًا، كما إذا قال: أعط ما لي عليكَ من الدَّين من شئتَ، والجامع أنَّ كلًا منهما تمليكُ ما هو غير مملوكٍ، وفي المبسوط: ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ رب الدين أمره بصرف الدين إلىٰ من يختاره المديون بنفسه وذلك باطلٌ، كما لو قال: ادفع ما لي عليك من الدين إلىٰ من شئتَ، أو ألقه في التجارة، فإن قيل: يشكل بما لو آجر حمامًا بأجرةٍ معلومةٍ وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة فإنه يجوز وإن كان هذا أمرًا بتمليك الدين من غير من عليه الدَّين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه، لأنَّ الأجير مجهولٌ وتوكيل المجهول لا يصحُّ، قلنا: ذاك قولهما، ولئن كان قول الكلِّ فإنَّما جاز باعتبار الضرورة فإنَّ المستأجر لا يجد الأجر في كلِّ وقتٍ

مِنْهُ لِانْعِقَادِ البَيْعِ تَعَاطِيًا.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ أَلْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا فَقَالَ الآمِرُ اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِمِائَةٍ. وَقَالَ المَأْمُورُ اشْتَرَيْتُهَا بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ) وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدِ ادَّعَى الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ وَالْآمِرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ حَيْثُ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ وَالْأَمْرُ تَنَاوَلَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيَضْمَنُ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ) أَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسَمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ وَالْوَكِيلَ فِي هٰذَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَقَدْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ التَّحَالُفُ. ثُمَّ يُفْسَخُ العَقْدُ الَّذِي جَرَىٰ بَيْنَهُمَا فَتَلْزَمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ.

فجعلنا الحمام قائمًا مقام الأجر في القبض.

قوله: فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ، لأنه إن اشتَراها بألفٍ فالوكيلُ بشراء جاريةٍ بغير عينها لا يملكُ الشراء بغبنٍ فاحشٍ، وإن اشتَراها بخمس مائةٍ فالأمرُ يتناولُ جاريةً تشترىٰ بألفٍ فكان مخالفًا فيكون مشتَريًا لنفسه.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ، أي فمعنىٰ قولنا: القولُ قول للآمر، أنَّهما يتحالفان.

قَالَ: (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هٰذَا العَبْدَ وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا فَاشْتَرَاهُ فَقَالَ الآمِرُ اشْتَرَيْتَهُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَقَالَ المَأْمُورُ بِأَلْفٍ وَصَدَّقَ البَائِعُ المَأْمُورَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ) قِيلَ لَا تَحَالُفَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ بِتَصْدِيقِ البَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ وَفِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ هُوَ غَائِبٌ، فَاعْتُبِرَ الِاخْتِلَافُ، وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ وَهُوَ يَمِينُ البَائِعِ، وَالْبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا

قوله: قِيلَ لَا تَحَالُفَ هَاهُنَا، وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالىٰ، لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع فيجعلُ تصادق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد، وَقِيلَ يَتَحَالَفَانِ، وهو قول الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ، وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ وَهُوَ يَمِينُ البَائِعِ، أي المأمور لأنه بائعٌ تقديرًا في حقِّ الموكل، وإنَّما قلنا أنَّ يمينه معظم يمين التحالف لأنَّ البائع وهو المأمور ههنا مدَّعٍ ولا يمينَ على المدَّعي إلا في صورة التحالف، وأمَّا المشتري فمنكرٌ فعلى المنكر اليمينُ علىٰ كلِّ حالٍ فلمَّا كان يمينُ المأمور هو المختصُّ بالتحالف كانت أعظم اليمينين، ثمَّ لمَّا وجب اليمين على المأمور وهو المدَّعي فلَأَن يجبُ على المشتري المنكر وهو الآمر أَوْلَىٰ وهو معنى التحالف، وذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير: لو لا أنَّ المراد هو التحالف للزمت الجارية الآمرَ، لأنَّ الآمر إذا حلف صار الشراء بخمس مائة والجارية تساوي ألفًا فإنَّها تلزم الآمر، فثبت بِهذا أنه أراد بقوله: ويلزم الجارية المأمور، أنَّهما يتحالفان، فإذا تحالفا نقض ملك الآمر ولزمت الجارية المأمور.

قوله: وَالْبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا، هذا جوابٌ عن تعليل القول الأوَّل بقوله: ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذا هو حاضرٌ.

وَقَبْلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمُوَكِّلِ إِذْ لَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيَبْقَى الخِلَافُ، وَهٰذَا قَوْلُ الإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ أَظْهَرُ.

## فَصْلٌ فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنَ المَوْلَىٰ بِأَلْفٍ وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَىٰ: اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِهِ فَبَاعَهُ عَلَىٰ هٰذَا فَهُوَ حُرٌّ وَالْوَلَاءُ لِلْمَوْلَىٰ) ؛ لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ العَبْدِ مِنْهُ إِعْتَاقٌ وَشِرَاءُ العَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولُ الإِعْتَاقِ بِبَدَلٍ وَالْمَأْمُورُ سَفِيرٌ عَنْهُ إِذْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الحُقُوقَ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَىٰ بِنَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ إِعْتَاقًا أَعْقَبَ الوَلَاءَ (وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَىٰ فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ وَأَمْكَنَ العَمَلُ

## فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قوله: لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ العَبْدِ مِنْهُ إِعْتَاقٌ، لأنَّ العبد لا يملك وإن ملك، لأنه ليسَ بأهل أن يملك مالًا فصار مجازًا عن الإعتاق، إذ البيع إزالة ملكٍ بعوضٍ إلىٰ آخرَ فجاز أن يستعار منه، وإذا كان إعتاقًا أعْقَب الولاء لأنَّ ما يثبت يثبت بضروراته ولوازمه.

قوله: وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَىٰ، أي لم يقل الوكيل: اشتَريتُ العبد لنفس العبد.

قوله: لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ، أي لأنَّ قوله: اشتَريتُ عبدك بألف درهمٍ،

بِهَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَيُحَافِظْ عَلَيْهَا. بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ (وَالْأَلْفُ لِلْمَوْلَىٰ) ؛ لِأَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ (وَعَلَى المُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ) ثَمَنًا لِلْعَبْدِ فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الأَدَاءُ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ العَبْدِ مِنْ غَيْرِهِ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ

موضوعٌ حقيقةً للمعاوضة لا للإعتاق، وأمْكَن العملُ بالحقيقة إذا لم يبيِّن فيُحافظ على المعاوضة.

قوله: بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسَهُ، حيث نجعله الإعتاق، وجه الورود أنه لمَّا جعل الشراء للمعاوضة حقيقةً ينبغي أن يحمل علىٰ حقيقته أينما كان، ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما إذا اشترى العبدُ نفسه من مولاه بالبدل بل حمل على الإعتاق ببدلٍ، لأنَّ المجاز فيه متعيِّن لأنه تعذَّر اعتباره بيعًا حقيقةً لأنَّ البيعَ يوجبُ الملك للمشتري والعبدُ ليس من أهله، أو لأنَّ نفس العبد ليست بمالٍ في حقِّه حتَّىٰ يملك نفسه ثمَّ يعتق لأنه آدميٌّ في حق نفسه، حتَّىٰ وَجَب الحدُّ والقصاص عليه بإقراره فجعل مجازًا عن الإعتاق لوجود إزالة الملك فيهما.

قوله: وَعَلَى المُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ، هذا ظاهرٌ فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأمَّا إذا وقع الشراءُ للعبد نفسه حتَّىٰ أعتق هل يجبُ على العبد ألفٌ أخرىٰ؟ قال الإمام قاضي خان في الجامع الصغير: وفيما إذا بيَّن الوكيل للمولىٰ أنه يشتريه للعبد هل يجبُ على العبد ألفٌ أخرىٰ؟ لم يذكر في الكتاب، وينبغي أن يجب، لأنَّ الأول مال المولىٰ فلا يصلح بدلًا عن ملكه.

قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ العَبْدِ مِنْ غَيْرِهِ، أي بخلاف ما لو وكله غير العبد أن يشتريه له فإنه يصير مشتريًا للآمر سواءٌ أعْلَم الوكيلُ البائعَ أنه اشتراه لغيره أو لم يعلمه،

بَيَانُهُ؛ لِأَنَّ العَقْدَيْنِ هُنَاكَ عَلَىٰ نَمَطٍ وَاحِدٍ، وَفِي الحَالَيْنِ المُطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ نَحْوَ العَاقِدِ، أَمَّا هَاهُنَا فَأَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ مُعَقِّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا مُطَالَبَةَ عَلَى الوَكِيلِ وَالْمَوْلَىٰ عَسَاهُ لَا يَرْضَاهُ وَيَرْغَبُ فِي المُعَارَضَةِ المَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ البَيَانِ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِمَوْلَاهُ بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ فَهُوَ لِلْآمِرِ) ؛ لِأَنَّ العَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلًا

وههنا ما لم يعلمه أنه يشتري للعبد لا يصير مشتريًا للعبد لأنَّ العقدين ثمَّة علىٰ نمطٍ واحدٍ في الحالين شراءً، وفي الحالين المطالبة متوجهةٌ إلى الوكيل فلا يحتاج إلى البيان، وهنا أحدهما إعتاق معقِّبٌ للولاء ولا مطالبةَ فيه على الوكيل لأنه سفيرٌ فلا ترجع الحقوق إليه، ورُبَّما يرضىٰ السيد بأحدهما دون الآخر، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي: والمطالب بالثمن الوكيل، وفي رواية العبد، وفي باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة: العبد يعتق والمال على الوكيل، وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير، وإذا وجب المال على الوكيل يرجع الوكيل على العبد، ووجه رواية الجامع أنَّ توكيله بشراء العبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هنا، وعن عيسى بن أبان رحمه الله تعالىٰ قال: الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكر في الجامع، لأنَّ الوكيل من جانب العبد في العتق سفيرٌ ومعبِّرٌ فإنه لا يستغني من إضافة العقد إلى الآمر وليسَ له من قبض المعقود عليه شيءٌ فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ فَقَالَ لِمَوْلَاهُ بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ - أي قال بعتُ - فَهُوَ لِلْآمِرِ، وإنَّما يتمُّ البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلتُ، وأمَّا إذا وقع الشراء للعبد يتمُّ العقد بقول المولىٰ بعتُ مسبوقًا بقول العبد: بعني نفسي بكذا، بناءً علىٰ أنَّ الواحدَ يتولَّىٰ طرفي الإعتاق علىٰ مالٍ إذا كان المالُ مقدَّرًا، ولا يتولَّىٰ طرفي البيع وإن كان المال مقدَّرًا.

عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ، وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ البَائِعُ الحَبْسَ بَعْدَ البَيْعِ فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى الآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِثَالًا فَيَقَعُ العَقْدُ لِلْآمِرِ (وَإِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ حُرٌّ) ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ المَوْلَىٰ دُونَ المُعَاوَضَةِ، وَالْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ وَلٰكِنَّهُ أَتَىٰ بِجِنْسِ

قوله: حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ البَائِعُ الحَبْسَ بَعْدَ البَيْعِ، كالمودع إذا اشترى الوديعةَ وهي بحضرته لم يمكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن، فإن قيل: وقوع المالية في يد العبد ضروريٌّ لا يمكن الاحتراز عنه للمولىٰ فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل، وإن كان يده كيد الموكل حكمًا، لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه؟ قلنا: لا يمكن التحرُّز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات، ولكن للبائع التحرُّز عنه في حبس الوكالة بأن باعَ عبده بوكيل لا يشتري نفسه، ولأنَّ يد الوكيل يد نفسه حِسًّا ويدُ الموكل شرعًا وتقديرًا بحكم النيابة فأمْكَن أن يجعل يد الوكيل يد نفسه في حقِّ الحبس ويد موكله في حقِّ الضمان حتَّىٰ هلك من مال الموكل اعتبارًا للجهتين، فأمَّا العبد في قبض ماليته ليسَ بنائبٍ عن مولاه بل خرج العبد عن يد مولاه حقيقةً وحكمًا بالبيع، ولهذا لو هَلَكَ لم يهلك من مال المولىٰ فلم يبق له حقُّ الحبس لهذا.

قوله: وَالْعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، جوابُ سُؤالٍ، وقد ذكر السؤال والجواب في الفوائد الظهيرية، فإن قيل: العبدُ هنا وكيل بشراء شيءٍ بعينه والوكيل بشراء شيءٍ بعينه لا يملك الشراء لنفسه، خصوصًا في فصل الإطلاق أوْلىٰ أن لا يقع الشراء لنفسه لأنه لمَّا لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بأنه يشتري لنفسه لِمَا مرَّ، أوْلَىٰ أن لا يقع لنفسه عند الإطلاق؟ قلنا: هذا إذا لم يتنوع التصرُّف، أمَّا إذا تنوَّع فلا، والموجود من العبد بتقدير الإضافة إلىٰ الموكل شراءٌ، وبتقدير الإطلاق أو الإضافة إلىٰ نفسه قبول الإعتاق.

تَصَرُّفٍ آخَرَ وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ قَالَ بِعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ) ؛ لِأَنَّ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ فَلَا يَقَعُ امْتِثَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ.

قوله: وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ، كما إذا صالح الوكيلُ عن دعواه علىٰ ذلك العين، أو خلع امرأته علىٰ ذلك، أو استوهبه فوهبه المالك منه، أو اشتراه بأكثر من الثمن الذي عينه، أو بخلاف جنس ذلك الثمن.

قوله: لِأَنَّ المُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ، فإن قيل: ينبغي أن يقع الشراءُ للموكل عند الإطلاق، لأنَّ اللفظ لحقيقته في الأصل، فلمَّا تردَّد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل، وفيما نحنُ فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولًا علىٰ حقيقته وهيَ المعاوضة، ولو وقعَ الشراء للوكيل كان الشراء معمولًا بمجازه، لأنَّ الشراء غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة؟ قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهةَ أصالة أخرىٰ، وهي أنَّ الأصل في تصرُّف الإنسان أن يقع لنفسه، ثمَّ رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرًا، وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فإنه علىٰ تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض، أو نقول: لمَّا وقع التعارُض بين الأصلين رجَّحنا جانب الإعتاق لأنه تصرُّفٌ مندوبٌ إليه والمعاوضة مباحةٌ محضةٌ.

# فَصْلٌ فِي تَوْكِيْلِ البَيْعِ

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - ........................

## فصل في البيع

قوله: قَالَ: وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وفي الذخيرة: الوكيلُ بالبيع إذا باعَ ممَّن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثرَ من القيمة يجوز بلا خلافٍ، وإن كان بأقلَّ من القيمة بغبنٍ فاحشٍ لا يجوز بالإجماع، فإن كان بغبنٍ يسيرٍ لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما يجوز، وإن كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ روايتان، في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز، وبيع المضاربِ وشراؤه ممَّن لا تقبل شهادته بغبنٍ يسيرٍ لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وبيعه منه بأكثرَ من القيمة وشراؤه منه بأقلَّ من القيمة يجوز بلا خلافٍ، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ باتفاق الروايات، فأبو حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ فرَّق علىٰ رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل، والفرقُ أنَّ المضارب أعمُّ تصرفًا من الوكيل فقد يستبدُّ بالتصرُّف علىٰ وجهٍ لا يملك ربُّ المال نَهيُه، وقد يكون نائبًا محضًا في بعض الأحوال، فلشبهه بالمستبدِّ بالتصرُّف قلنا يجوز تصرُّفه مع هؤلاء بمثل القيمة، ولشبهه بالنائب قلنا لا يجوز تصرُّفه معهم بغبنٍ يسيرٍ، فأمَّا الوكيلُ فنائبٌ محضٌ في تصرُّفٍ خاصٍ فيكون متهمًا في تصرُّفه مع هؤلاء في حقِّ الموكل وإن كان بمثل القيمة.

وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ وَلَا تُهْمَةَ إِذِ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالْمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ، بِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ لِلْمَوْلَىٰ وَكَذَا لِلْمَوْلَىٰ حَقٌّ فِي كَسْبِ المُكَاتَبِ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالْعَجْزِ. وَلَهُ أَنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ عَنِ الوَكَالَاتِ، وَهٰذَا مَوْضِعُ التُّهْمَةِ بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ، وَالْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ.

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَالْعَرَضِ عِنْدَ أَبِي

قوله: وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ، والغبن اليسير ملحقٌ بمثل القيمة علىٰ قولهما، كما ذكر في الذخيرة.

قوله: إِذِ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ، دلَّ عليه أنه يحلُّ للابن وطء جاريته، ولو لم يكن ملكه متباينًا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولَمَا حلَّ وطئها حينئذٍ، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: قدر ذلك التباين لمَّا لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أنَّ ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة.

قوله: وَالْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، وكذا السلم، خصَّهما بالذكر لأنَّ شرعية الإجارة علىٰ منافاة الدليل لأنَّ المعقود عليه وهو المنافع معدومةٌ فيزداد انتفاء شرعيتها بعقد الإجارة مع من لا تقبل شهادته فيجبُ أن لا تجوز إجارة الوكيل معهم بالإجماع، وكذلك عقد الصرف يتوقَّف علىٰ شرائطٍ، ولمَّا كان يجب أن لا تجوز إجارة الوكيل مع من لا تقبل شهادته بالإجماع وكذا السلم فتبيَّن بهذا أنَّهما أيضًا على الاختلاف.

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالْمُتَعَارَفُ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ وَبِالنُّقُودِ، وَلِهٰذَا يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ الفَحْمِ وَالْجُمْدِ وَالْأُضْحِيَّةِ بِزَمَانِ الحَاجَةِ، وَلِأَنَّ البَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ هِبَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَكَذَا المُقَايَضَةُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ البَيْعِ وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُهُ الأَبُ وَالْوَصِيُّ. وَلَهُ أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ، وَالْبَيْعُ بِالْغَبْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّبَرُّمِ مِنَ العَيْنِ، وَالْمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْهُ

قوله: وَلِهٰذَا يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ الفَحْمِ وَالْجُمْدِ وَالْأُضْحِيَّةِ، التوكيل بشراء الفحم يتقيَّد بأيام البَرْد في تلك السنة، والتوكيلُ بشراء الجمد بأيَّام الصيف في تلك السنة، والتوكيلُ بشراء الأضحية بأيَّام النحر في تلك السنة أو قبلها.

قوله: وَلِأَنَّ البَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ هِبَةٌ مِنْ وَجْهٍ، حتَّىٰ لو حصل من المريض يعتبر من الثلث، ولا يملكه الأبُ والوصيُّ وهو وكيلٌ بالبيع المطلق دون الهبة، وكذلك المقايضة بيعٌ من وجهٍ شراءٌ من وجهٍ، وهو وكيلٌ بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الأمر.

قوله: وَالْمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، والمسائل مرويَّةٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، فأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ يعتبر الإطلاق في جميع ذلك، ولأنه مطلقٌ في حقِّ الوقت لا عامٌّ فلم يتناول إلا واحدًا وقد صار المتعارف

وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الأَبَ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِهِ مَعَ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُمَا نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَر فِيهِ، وَالْمُقَايَضَةُ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِوُجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّ التُّهْمَةَ فِيهِ

مرادًا فلم يبقَ غيره مرادًا، فأمَّا هذا فعامٌ.

قوله: وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، أي البيعُ بالغبن أو بالعين بيعٌ من كل وجهٍ، حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، أي بالبيع بالغبن أو بالعين.

قوله: وَالْمُقَايَضَةُ شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِوُجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، جوابٌ عن قولهما بأنه بيعٌ من كل وجهٍ بالنسبة إلىٰ غرض نفسه، وشراءٌ من كل وجهٍ بالنسبة إلىٰ غرض صاحبه.

قوله: وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، هذا فيما ليسَ له قيمةٌ معلومةٌ عند أهل البلد، فأمَّا ما له قيمةٌ معلومةٌ عندهم كالخبز واللَّحم إذا زاد الوكيل بالشراء علىٰ ذلك لا يلزم الآمر قلَّت الزيادة أو كثرت، وفي الذخيرة: والوكيلُ بالصرف إذا اشترىٰ بما لا يتغابن الناسُ فيه لا يجوز بلا خلافٍ، لأنَّ الغبن علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإن كان يجوز باعتبار أنه بيعٌ من وجهٍ لا يجوز باعتبار أنه شراءٌ من وجهٍ، إلا أنَّ الشراء أصلٌ في هذا العقد لأنَّ الثمنية في الدَّراهم والدنانير أصلٌ والعبرة للأصل فكان شراءً من كل وجهٍ، والغبن الفاحش لا يتحمَّل في الشراء بالاتفاق، ثمَّ الغبن

مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ، وَكَذَا الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا جَازَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الإِضَافَةِ إِلَى المُوَكِّلِ فِي العَقْدِ فَلَا تَتَمَكَّنُ هٰذِهِ التُّهْمَةُ، وَلَا كَذٰلِكَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَقُ العَقْدُ.

قَالَ: (وَالَّذِي لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ فِي العُرُوضِ «الإِل نِيمْ» وَفِي الحَيَوَانَاتِ «الإِل يَازْدَهْ» وَفِي العَقَارَاتِ «الإِل دُوَازْدَهْ» لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَكْثُرُ وُجُودُهُ فِي الأَوَّلِ وَيَقِلُّ فِي الأَخِيرِ وَيَتَوَسَّطُ فِي الأَوْسَطِ وَكَثْرَةُ الغَبْنِ لِقِلَّةِ التَّصَرُّفِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ

---

الفاحش متحمَّلٌ في بيع المقايضة في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنه وكيلٌ بالبيع المطلق والوكيلُ بالبيع يملك البيعَ بما عَزَّ وهانَ عنده، وروى الحسنُ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في الوكيل بالبيع إذا باع بعرضٍ فإن كان يساويه جازَ، وإلا فلا، ووجه هذه الرواية أنه في جانب العرض مشتَرٍ والوكيل بالشراء لا يشتري للآمر بالمحاباة الفاحشة.

قوله: وَقِيلَ فِي العُرُوضِ «الإِل نِيمْ»، إلخ، جعل هذا ممَّا لا يتغابن فيه، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي: قيل: قدر ما يتغابن الناس فيه في العروض «الإل نيم»، وفي الحيوان «الإل يازده» وفي العقار «الإل دوازده» جعل هذا بيان الغبن اليسير، وفي النهاية: وهذا بيان الغبن اليسير، ويتحمَّلُ هذا المقدار من الغبن في هذه الأجناس على هذا التَّرْتيب.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ، قيَّد بالعبد لأنَّ بيع النصف فيما وكَّل ببيع ما ليسَ في

اللهُ -) ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنْ قَيْدِ الِافْتِرَاقِ وَالِاجْتِمَاعِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوْلَىٰ (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا) ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يُفَرِّقَ، فَإِذَا بَاعَ البَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ البَيْعِ الأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً، وَإِذَا لَمْ يَبِعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ، وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا. (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَىٰ نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، فَإِنِ اشْتَرَىٰ بَاقِيَهُ لَزِمَ المُوَكِّلَ)؛ لِأَنَّ

تبعيضه ضررٌ جائزٌ بالاتفاق، وفي الإيضاح في باب الوكالة بالبيع: ولو باعَ الوكيلُ بعض ما أمرَ به فإن لم يكن في تبعيضه ضررٌ جازَ في قولهم، لأنَّ البيع تناول الجملة فكان متناولًا للأبعاض وليسَ في التفريق ضررٌ.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ، فإن قيل: إنَّما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأمَّا بيع النصف يتضمَّن عيب الشركة في العبد، فكان هذا مخالفةً من الوكيل إلىٰ شرٍّ فلا ينفذُ بيعه على الموكل؟ قلنا: ضررُ الشركة أهْوَنُ وأقلُّ من ضرر بيع الكلِّ بنصف الثمن، فلمَّا جاز ذلك علىٰ قوله لَأَن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أوْلَىٰ.

قوله: وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَىٰ نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، أي بالاتفاق، ثمَّ اختلفَ أبو يوسفُ ومحمدٌ رحمهما الله تعالىٰ في الوكيل بشراء عبدٍ إذا اشترىٰ نصفه، قال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: إن أعتقه الوكيلُ جاز، وإن أعتقه الموكل لم يجز، فأبو يوسف رحمه الله

شِرَاءَ البَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ كَانَ مَوْرُوثًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ شِرَائِهِ شِقْصًا شِقْصًا، فَإِذَا اشْتَرَى البَاقِيَ قَبْلَ رَدِّ الآمِرِ البَيْعَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً فَيَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ، وَهٰذَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ فِي الشِّرَاءِ تَتَحَقَّقُ التُّهْمَةُ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَآخَرُ أَنَّ الأَمْرَ بِالْبَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ وَالْأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالْإِطْلَاقُ.

تعالىٰ يقول بأنَّ العقد موقوفٌ علىٰ إجازة الموكل، ألا ترىٰ أنه لو أجاز صريحًا لنفذَ عليه، والإعتاق إجازةٌ منه فنفذَ عليه ولا ينفذ إعتاق الوكيل، لأنَّ الوكالة تناولت محلًّا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقَّف علىٰ إجازته فلا ينفذُ إعتاقه، ومحمدٌ رحمه الله تعالىٰ يقول بأنه خالف في ما أمر، وإنَّما التوقف عليه من حيث إنَّ الخلاف يتوهَّمُ رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف، وقبل أن يشتريه بقي مخالفًا، فإن أعتقه الآمر لم يجز، كذا في الإيضاح.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارة إلىٰ قوله: لأنَّ التهمة فيه متحقِّقة فلعله اشتراه لنفسه.

قوله: وَآخَرُ أَنَّ الأَمْرَ بِالْبَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ، لأنَّ له ولايةٌ مطلقةٌ في ملكه، والأمر بالشراء صادفَ ملك الغير لأنه يلاقي مالَ البائع وذمَّة المأمور، وليسَ للإنسان ولايةٌ مطلقةٌ في ملك الغير ولا يعتبر إطلاقه فيه، لأنَّ العمل به ضروريٌّ ولا عمومَ للضروريات، فإذا صار المتعارف مرادًا لم يبقَ غيره مرادًا، ولأنه لو اعتبر العموم في التوكيل بالشراء لاشترىٰ ذلك المتاع بجميع ملك الموكل، ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك، فحمل علىٰ أخصِّ الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير، والوكيل بالبيع لا يعدو تصرُّفه ما أمر ببيعه فأمكن اعتبار الإطلاق فيه.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ أَوْ بِإِقْرَارٍ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الآمِرِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ تَيَقَّنَ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ هٰذِهِ الْحُجَجِ. وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي مُدَّةِ شَهْرٍ مَثَلًا لٰكِنَّهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ تَارِيخُ الْبَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ هٰذِهِ الْحُجَجِ لِظُهُورِ التَّارِيخِ، أَوْ كَانَ عَيْبًا لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ أَوِ الأَطِبَّاءُ، وَقَوْلُهُنَّ وَقَوْلُ الطَّبِيبِ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ لَا فِي الرَّدِّ فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا فِي الرَّدِّ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ الْقَاضِي عَايَنَ الْبَيْعَ وَالْعَيْبُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ شَيْءٍ مِنْهَا وَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْمُوَكِّلِ فَلَا يَحْتَاجُ الْوَكِيلُ إِلَىٰ رَدٍّ وَخُصُومَةٍ.

قوله: وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الْكِتَابِ، يعني لمَّا تيقَّن القاضي بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندًا إلىٰ هذه الحجج فما معنى اشتراطها؟ فقال: تأويلُ اشتراطها أنَّ القاضي علم أنَّ العيب لا يحدثُ مثله في شهرٍ لكنه اشتبهَ عليه تاريخ البيع فيحتاج إلىٰ هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي أنَّ العيب كان عند البائع لأنَّ مثل هذا العيب لا يحدثُ في مثل هذه المدَّة، أو كان عيبًا لا يعرفه إلا الأطبَّاء أو النساء، وقولهنَّ وقول الطبيب حجةٌ في توجُّه الخصومة لا في الردِّ فيفتقر إلىٰ هذه الحجة للردِّ، فإن قيل: إذا أقرَّ الوكيل بالعيب فلا حاجةَ حينئذٍ إلىٰ قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالةَ فما معنىٰ ذكر قضاء القاضي مع الإقرار؟ قلنا: يمكن أن يقرَّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرًا عليه على القبول.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ)؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ، وَالْوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ العَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ المَبِيعَ فَلَزِمَ الآمِرَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ بِإِقْرَارِهِ لَزِمَ المَأْمُورَ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتَ وَالنُّكُولَ، إِلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ المُوَكِّلَ فَيُلْزِمَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِنُكُولِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ

قوله: وَكَذٰلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ، أي إن نكل الوكيل يردُّه على الآمر أيضًا، وفيه خلافُ زُفر رحمه الله تعالىٰ، فإن قيل: إذا كان الردُّ بالإباء يجبُ أن لا يلزم الموكل، كمن اشترىٰ شيئًا وباعه من غيره ثمَّ أن المشتري الثاني وجدَ به عيبًا فردَّه على المشتري الأوَّل بنكوله لم يكن له أن يردَّه علىٰ بائعه، وهذا دليلُ زُفر رحمه الله تعالىٰ فجعل هذا وما لم يرد عليه بإقراره سواءً في حقِّ البائع الأوَّل فكذا في حقِّ الموكل، ولكنا نقول: الوكيلُ مضطرٌّ في هذا النكول لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذبًا إذا كان عالمًا بالعيب، وإنَّما اضطرَّ إلىٰ ذلك بعملٍ باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه، بخلاف ما لو أقرَّ فإنه غير مضطرٍّ إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضىٰ عليه بالنكول ولكن في عملٍ باشره لنفسه لا يرجعُ بعهدته علىٰ غيره.

قوله: وَالْوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ العَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ، هذا يشير إلىٰ أنَّ الوكيل يحلف على البتات إذ لو كان على العلم لم يكن مضطرًّا لبعد العيب عن علمه، ولكن عامة الروايات علىٰ أنَّ الوكيل يحلف على العلم فإذا علم بالعيب فحينئذٍ يضطرُّ إلى النكول.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ

جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْبَائِعُ ثَالِثُهُمَا، وَالرَّدُّ بِالْقَضَاءِ فَسْخٌ لِعُمُومِ وِلَايَةِ القَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الحُجَّةَ قَاصِرَةٌ وَهِيَ الإِقْرَارُ، فَمِنْ حَيْثُ الفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِنْ حَيْثُ القُصُورُ لَا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ كَانَ العَيْبُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يَلْزَمُ المُوَكِّلَ مِنْ غَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيِّنٌ وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ

أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ، أي موكله، سمَّاه بائعًا لكونه بمنزلة البائع في أنه يردُّ عليه الوكيل تارةً ويخاصمه في الردِّ في بعض الصُّور، والفرقُ أنَّ الرد لمَّا حصل بقضاءٍ تعذَّر اعتباره بيعًا جديدًا لفقد التَّراضي فكان فسخًا، إلا أنَّ هذا فسخٌ بدليلٍ قاصرٍ فلقصور الحجة لا يكون الردُّ على الوكيل ردًّا على الموكل، ومن حيث إنه فسخٌ كان له أن يخاصم الموكل ومتىٰ كان الردُّ بالإقرار بغير قضاءٍ كان فسخًا بالتَّراضي فأمكن اعتباره بيعًا جديدًا في حقِّ الثالث فيبطل حقُّ الخصومة، فإن قيل: الوكيل بالإجارة إذا آجر وسلم ثمَّ أطلع المستأجر بعيبٍ فقبل الوكيل بغير قضاءٍ فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارةٌ جديدةٌ في حقِّ الموكل حتَّىٰ كان الوكيل استأجر من المستأجر وذلك جائزٌ إذا فعل؟ قلنا: لا فرقَ بينهما في الحقيقة لأنَّ قبول الوكيل في الإجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاءٍ فإنه يلزم الموكل لأنَّ المعقود عليه في الإجارة المنافعُ وهي غير مقبوضةٍ.

قوله: وَلَوْ كَانَ العَيْبُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يَلْزَمُ المُوَكِّلَ مِنْ غَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيِّنٌ، لأنَّهما فعلا بأنفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترافعا إليه، لأنَّ الردَّ متعيِّنٌ في هذا فإذا تعيَّن الردُّ صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواءً كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة، وفي عامة الروايات ليسَ له أن يخاصم الموكل بل يلزم الوكيلَ لأنَّ الردَّ ثبت بالتَّراضي فصار كالبيع الجديد، ولا نسلم أنَّهما فعلا عين ما يفعله القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وفي حكم الأصل، إذ

لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَالْحَقُّ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِلَى الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ فَلَمْ يَتَعَيَّنِ الرَّدُّ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِفَايَةِ بِأَطْوَلَ مِنْ هٰذَا. قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ فَبِعْتَهُ بِنَسِيئَةٍ وَقَالَ الْمَأْمُورُ أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ) ؛ لِأَنَّ الآمِرَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الإِطْلَاقِ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَ فِي ذٰلِكَ الْمُضَارِبُ وَرَبُّ الْمَالِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ العُمُومُ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ الْمُضَارَبَةِ فَقَامَتْ دَلَالَةُ الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَىٰ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ

الأصلُ في هذه المطالبة بوصف السلامة وإنَّما يُصار إلى الردِّ لضرورة العجز، فإذا نقلاه لم يصح في حقِّ غيرهما، ولهذا لو امتنع الردُّ وجب الرجوع بحصَّة العيب، وفي تلك المسائل الحقُّ متعيِّنٌ لا يحتمل النقل إلىٰ غيره، وهذا هو المراد بقوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِفَايَةِ بِأَطْوَلَ مِنْ هٰذَا.

قوله: وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الإِطْلَاقِ، أي معنى الوكالة على التقييد حيث لا تثبت الوكالةُ بدونه، ولهذا ما لم يقل وكلتكَ ببيع هذا الشيءِ لا يكون وكيلًا ببيع ذلك الشيءِ، ألا ترىٰ أنه لو قال لغيره: وكلتكَ بمالي، أو في مالي لم يكن له أن يتصرَّف فيه بشيءٍ بل يملك بهذا اللفظ الحفظَ فقط، أمَّا لو دفع المالَ مضاربةً بالنِّصف كان للمضارب أن يتصرَّف فيه ما بدأ له من التجارة، فمن ادَّعى الإطلاق في المضاربة كان مدَّعيًا لِمَا هو الأصل فيها فكان القولُ قوله، ومن ادَّعى التقييد في الوكالة كان مدَّعيًا لِمَا هو الأصل

يَكُونُ القَوْلُ لِرَبِّ المَالِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ الإِطْلَاقُ بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَى الوَكَالَةِ المَحْضَةِ ثُمَّ مُطْلَقُ الأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا وَنَسِيئَةً إِلَىٰ أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعِنْدَهُمَا يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا فَضَاعَ فِي يَدِهِ أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي الحُقُوقِ وَقَبْضِ الثَّمَنِ مِنْهَا وَالْكَفَالَةُ تُوثَقُ بِهِ، وَالِارْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ نِيَابَةً وَقَدْ أَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الكَفَالَةِ وَأَخْذِ الرَّهْنِ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ

فيها فكان القولُ قوله.

قوله: إِلَىٰ أَيِّ أَجَلٍ كَانَ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، حتَّىٰ لو باع بأجلٍ غير متعارف بين التجار بأن باع إلىٰ خمسين سنةً جاز عنده عملًا بالإطلاق.

قوله: وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ، أي الوجه من الجانبين قد تقدَّم في التوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض، وعندهما يتقيَّد بالمتعارف.

قوله: فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ، بأن مات الكفيل مفلسًا، والمكفول عنه أيضًا مات مفلسًا، أو غاب ولا يعرف موضعه، أو بأن رفع الأمر إلىٰ قاضٍ يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله تعالىٰ، فحَكَم ببراءة الأصيل فتويَ المالُ على الكفيل.

قوله: وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَقْبِضُ أَصَالَةً، لأنَّ الوكيلَ بالبيع أصيلٌ في حقِّ الحقوق،

يَقْبِضُ أَصَالَةً وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ الْمُوَكِّلُ حَجْرَهُ عَنْهُ.

## فَصْلٌ: حُكْمُ وكَالَةِ الاثْنَيْنِ

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ) وَهٰذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْخُلْعِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ،

ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان وأخذ الكفيل، فإذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيًا والاستيفاء مملوكٌ له، ألا ترىٰ أنه لو استوفى الثمن حقيقةً ثمَّ هلك في يده كان الهلاكُ على الموكل، والوكيلُ بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الحوالةَ تتضمَّن إبراء المحيل والوكيلُ لا يملك ذلك، ولو ردَّ الرهن جاز وضمن للموكل أقلَّ من قيمته ومن الثمن، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لا يصحُّ ردُّه.

## فصل

قوله: وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ، هذا إذا وكَّلهما بكلامٍ واحدٍ بأن قال: وكلتكما ببيع عبدي هذا أو بخلع امرأتِي، أمَّا إذا وكَّلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن يتفرَّد في التصرف، وفي المبسوط في باب الوكالة بالبيع والشراء: إذا وكَّل رجلًا ببيع عبده ووكل آخر به أيضًا فأيُّهما باع جاز، لأنه رضيَ برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده، وهذا بخلاف الوصيين إذا أوْصىٰ إلىٰ كلِّ واحد منهما في عقدةٍ علىٰ حدةٍ حيث لا يتفرَّد واحد منهما بالتصرُّف في أصح القولين، لأنَّ وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملةً واحدةً وههنا حكم الوكالة ثبتَ بنفس التوكيل، فإذا أفْرَدَ كلَّ واحد منهما بالعقد استبدَّ كلُّ واحدٍ بالتصرُّف، وفي

لِأَنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا وَلٰكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ المُشْتَرِي.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الشَّغْبِ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا لِتَقْوِيمِ الخُصُومَةِ.

قَالَ: (أَوْ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ

المنتقىٰ: وكَّل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضرٌ فأجاز بيعه جاز، وإن كان غائبًا عنه فأجاز لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا، جوابُ سؤالٍ وهو أنَّ البدل إذا كان مقدَّرًا لا يحتاج فيه إلى الرأي فينبغي أن يستبدَّ كل واحد منهما بالتصرُّف حينئذٍ، فقال: وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا، ولكن تقدير الثمن في البيع يمنعُ النقصان دون الزيادة، ورُبَّما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاءِ أحدهما وهدايته، أو يختار الآخر مشترَيًا لا يماطل في أداءِ الثمن.

قوله: إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ، فلا يشتَرطُ حضور صاحبه في خصومته عند الجمهور، وقيل يشترط.

قوله: لِلْإِفْضَاءِ إِلَى الشَّغْبِ، وإنه مانعٌ من إظهار الحقِّ، ولأنَّ فيه ذهابُ مهابةِ مجلس القضاء.

قوله: وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا، يعني أنَّ الخصومة وإن افتقرت إلىٰ تعاون الرأيين ليعتضد كلُّ واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الأصوبُ فيها لكن إنَّما يفتقر إلىٰ تعاون الرأيين علىٰ ذلك قبل مجلس القضاء.

قوله: أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ، قيَّد بردِّها لأنه إذا وكَّل وكيلين بقبض وديعةٍ له ليسَ لكلِّ واحد

عِنْدَهُ أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءَ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ المُثَنَّىٰ وَالْوَاحِدِ سَوَاءٌ. وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُمَا طَلِّقَاهَا إِنْ شِئْتُمَا أَوْ قَالَ أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إِلَىٰ رَأْيِهِمَا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُقْتَصِرٌ عَلَى المَجْلِسِ، وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ) لِأَنَّهُ فُوِّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ التَّوْكِيلِ بِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الآرَاءِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ المُوَكِّلُ) لِوُجُودِ الرِّضَا (أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ) لِإِطْلَاقِ التَّفْوِيضِ إِلَىٰ رَأْيِهِ، وَإِذَا جَازَ فِي هٰذَا الوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنِ المُوَكِّلِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ الأَوَّلُ عَزْلَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ القَاضِي.

منهما أن يتفرَّد بالقبض، وفي الأصل: وإذا وكَّل رجلين بقبض وديعةٍ له فقبَض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنًا، لأنه شرطَ اجتماعهما على القبض واجتماعهما على القبض ممكنٌ وللموكل فيه فائدةٌ لأنَّ حفظ اثنين أنْفَعُ، فإذا قبَض أحدهما صار قابضًا بغير إذن المالك فيصيرُ ضامنًا، فإن قيل: ينبغي أن يكون ضامنًا للنصف لأنَّ كلَّ واحد منهما مأمورٌ بقبض النصف؟ قلنا: كلُّ واحد منهما مأمورٌ بقبض النصف إذا قبَض مع صاحبه، فأمَّا في حالة الانفراد فغير مأمورٌ بقبض شيءٍ منه.

قوله: فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا، أي فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بأن قال: إن دخلتما الدارَ فامرأته طالقٌ، لا تطلق ما لم يدخلا.

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورُ رَأْيِ الْأَوَّلِ وَقَدْ حَضَرَ، وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ. (وَإِنْ عَقَدَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ فَاتَ رَأْيَهُ إِلَّا أَنْ يُبْلِغَهُ فَيُجِيزَهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الْوَكِيلِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ) لِأَنَّهُ حَضَرَ رَأْيُهُ (وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ

قوله: فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ، لم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأوَّل، وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضعٍ، وذكر في موضعٍ آخر من وكالة الأصل: إذا باع الوكيل الثانِي والوكيل الأول حاضرٌ أو غائبٌ فأجاز الوكيل الأوَّل جاز، حُكِي عن الكرخي رحمه الله تعالىٰ أنه قال: ليس في المسئلة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقًا في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمولٌ علىٰ ما إذا جاز، فكان محمل المطلق على المقيَّد، وإلىٰ هذا ذهب عامة المشايخ، وهذا لأنَّ توكيل الوكيل الأول لمَّا لم يصح لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلةٍ، ولو عدم التوكيل من الأوَّل حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائبٌ أو حاضرٌ فإنه لا يجوز عقد هذا الفضوليِّ إلا بإجازته، لأنَّ إجازة بيع الفضوليِّ لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملًا، كذا هنا، ومتىٰ أجاز فإنَّما يجوز لأنَّ الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولىٰ، ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين، وجه رواية الجواز بحضرة الأول من غير إجازته أنه حضر هذا العقد رأي الأوَّل.

قوله: وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ، ذكر البقالي في فتاواه أنَّ الحقوق ترجع إلى الأول، وفي حِيَل الأصل والعيون أنَّ الحقوق ترجع إلى الثانِي، وذكر الإمام المحبوبي: منهم من قال: العهدة على الأوَّل لأنَّ الموكل إنَّما رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثانِي، ومنهم من قال: العهدة على الثانِي إذ السبب وهو العقد وجد من الثانِي دون الأول.

قوله: وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيْبَتِهِ يَجُوزُ، أَطْلَقَ الجواز وهو رواية

الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيبَتِهِ يَجُوزُ) لِأَنَّ الرَّأْيَ فِيهِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَا فَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعُ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُقَدِّرِ الثَّمَنَ وَفَوَّضَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ فِي مُعْظَمِ الأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَإِذَا زَوَّجَ الْمُكَاتَبُ أَوِ العَبْدُ أَوِ الذِّمِّيُّ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ أَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ لَهَا لَمْ يَجُزْ) مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ الرِّقَّ وَالْكُفْرَ يَقْطَعَانِ الوِلَايَةَ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّ المَرْقُوقَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَكَذَا الكَافِرُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى المُسْلِمِ حَتَّىٰ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ هٰذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْوِيضِ إِلَى القَادِرِ المُشْفِقِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ، وَالرِّقُّ يُزِيلُ القُدْرَةَ وَالْكُفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى المُسْلِمِ فَلَا تُفَوَّضُ إِلَيْهِمَا ........................

كتاب الرهن وقد اختارها لأنَّ الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرًا وقد حصل، وفي رواية كتاب الوكالة: لا يجوز لأنَّ تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة، ورُبَّما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد.

قوله: مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا، يريدُ به التعميم، أي لا يختصُّ بالبيع والشراء بل أيّ تصرف كان لم يجز، أو معنىٰ قوله: مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا، أنَّ الشراء ينفذُ عليه لا عليها، لأنه تصرُّفٌ في مالها وليسَ له ولايةٌ علىٰ مالها، أو معناه: بأن اشترى لها بمالها لا أن يكون المراد أن يشتري لها بمال نفسه.

(قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالْمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ وَالْحَرْبِيُّ كَذٰلِكَ) لِأَنَّ الحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ فَأَوْلَىٰ بِسَلْبِ الوِلَايَةِ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لٰكِنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَذٰلِكَ بِاتِّفَاقِ المِلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ، ثُمَّ تَسْتَقِرُّ جِهَةُ الِانْقِطَاعِ إِذَا قُتِلَ عَلَى الرِّدَّةِ فَيَبْطُلُ وَبِالْإِسْلَامِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَصِحُّ.

قوله: قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: وَالْمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ وَالْحَرْبِيُّ كَذٰلِكَ، أنَّ تصرُّفهما على المسلم لا يجوز، وإنَّما خصَّ قولهما مع أنَّ هذا حكمٌ مجمعٌ عليه لأنَّ الشبهة إنَّما ترد علىٰ قولهما، لأنَّ تصرُّفات المرتدِّ بالبيع والشراء نافذةٌ، وإن قتل علىٰ ردَّته عندهما بناءً على الملك ولكن تصرُّفاته علىٰ ولده موقوفة بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ الحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ، ألا ترىٰ أنَّ شهادته على الذميِّ لا تقبلُ، والذميُّ صار منَّا دارًا وإن لم يكن منَّا دينًا، وتحقَّق في حقِّ الذميِّ ما هو خلفٌ عن الإسلام ولم يثبت في حقِّ الحربيِّ شيءٌ من الأصل والخلف، والله تعالىٰ أعلم.

## بَابُ الوَكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ

قَالَ: (الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ وَالْقَبْضُ غَيْرُ الخُصُومَةِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ. وَلَنَا أَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ إِتْمَامَهُ وَإِتْمَامُ الخُصُومَةِ وَانْتِهَاؤُهَا بِالْقَبْضِ، وَالْفَتْوَىٰ اليَوْمَ عَلَىٰ قَوْلِ زُفَرَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِظُهُورِ الخِيَانَةِ فِي الوُكَلَاءِ، وَقَدْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الخُصُومَةِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ، وَنَظِيرُهُ الوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي يَمْلِكُ القَبْضَ عَلَىٰ أَصْلِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، إِلَّا أَنَّ العُرْفَ بِخِلَافِهِ وَهُوَ قَاضٍ عَلَى الوَضْعِ وَالْفَتْوَىٰ عَلَىٰ أَنْ لَا يَمْلِكَ. قَالَ: (فَإِنْ

## باب الوكالة بالخصومة والقبض

قوله: الوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ، سواءٌ كانت الخصومة في الدَّين أو في العين.

قوله: وَالْفَتْوَى اليَوْمَ عَلَىٰ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، روى أبو بكر البلخي رحمه الله تعالىٰ أنَّ محمد بن سلمةَ وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله أخذوا فيه بقول زُفر، وبه أفتىٰ أيضًا الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، أي لأنَّ التَّقاضي في معنى القبض في أصل اللغة، ذكر في الأساس: تقاضيته دَيني بدَيني واقتضيته استقضيته واقتضيتُ منه حقِّي أي أخذته، إلا أنَّ العرف بخلافه لأنه يُراد به المطالبة في العرف.

كَانَا وَكِيلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا لَا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا، وَاجْتِمَاعُهُمَا مُمْكِنٌ بِخِلَافِ الْخُصُومَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) حَتَّىٰ لَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمُوَكِّلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ خَصْمًا وَهُوَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي

قوله: وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، قيَّد بالدين لأنَّ الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالإجماع، والأصل أنَّ التوكيل إذا وقع باستيفاء عينِ حقِّه لم يكن وكيلًا بالخصومة، لأنَّ التوكيل وقع بالقبض لا غيرُ، وإذا وقع التوكيلُ بالتملُّك كان وكيلًا بالخصومة لأنَّ التملُّك إنشاء تصرُّفٍ وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصمًا فيهما، فإذا ثبت هذا فقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: الوكيلُ بقبض الدين وكيلُ باستيفاء عين حقه حكمًا، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه، ومعنى التملُّك ساقطٌ حكمًا حتى كان له أخذه بلا قضاءٍ ولا رضاءٍ كما في الوديعة والغصب، فلا ينتصبُ خصمًا كما في الوكيل بقبض العين، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: الوكيلُ بقبض الدين وكيلٌ بالتملُّك لأنَّ الديون تقضىٰ بأمثالها لا بأعيانِها، وهذا لأنَّ المقبوض ليسَ بملكِ للموكل بل هو بدلُ حقِّه إلا أنَّ الشرع جعل ذلك طريقًا للاستيفاء فانتصبَ خصمًا، كالوكيل بالشراء والقسمة والردِّ بالعيب والرجوع في الهبة، والوكيل بأخذ الدار بالشفعة، والوكيل بالشراء خصمٌ حتى تقبل البينة عليه، والقسمة بأن وكَّل أحد الشريكين وكيلًا بل تقاسم مع شريكه فالشريك أقام البيِّنة على الوكيل بأنَّ شريكي الذي هو موكلك أخذ نصيبه تقبلُ لأنه خصمٌ، والرد بالعيب بأن وكل المشتري رجلًا بردِّ المبيع على البائع فأقام البائع البينة على الوكيل أنَّ المشتري

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ القَبْضَ غَيْرُ الخُصُومَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ يَهْتَدِي فِي الخُصُومَاتِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِالْقَبْضِ رِضًا بِهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبْضُ الدَّيْنِ نَفْسِهِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ العَيْنِ حَقَّهُ مِنْ وَجْهٍ، فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ وَالْقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَهٰذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ حَتَّىٰ يَكُونَ خَصْمًا قَبْلَ القَبْضِ كَمَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الأَخْذِ هُنَالِكَ. وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشِّرَاءِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهَا فَيَكُونُ خَصْمًا فِيهَا.

رضي بالعيب تقبل بينته لأنه خصمٌ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ العَيْنِ حَقَّهُ مِنْ وَجْهٍ، استثناءٌ من قوله: إنه وكله بالتملك.

قوله: وَهٰذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ، أي مسئلة الكتاب أشْبَه بمسئلة الشفعة من المسائل الثلاث الأُخر، لأنَّ في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة، بخلاف مسئلة الشفعة لأنه لا يشترط فيها المبادلة لصحَّة الوكالة وكذا في قبض الدين.

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا، أي كونه خصمًا لكونه وكيلًا بالتملُّك لأنه وكيلٌ بتملك مثل الدين الذي على المديون، وذلك مبادلةٌ والمأمور بالمبادلة يكون أصيلًا في حقوق المبادلة، والوكيلُ بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة لأنه ليسَ بتوكيل بالمبادلة فصار أمينًا محضًا ورسولًا فلم تتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصمًا ولا تقبل البينة عليه أصلًا قياسًا حتَّىٰ لا يجب التوقف لأنَّها قامت علىٰ غير خصمٍ، وفي

قَالَ: (وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ العَيْنِ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، وَالْقَبْضُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ (حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ عَبْدٍ لَهُ فَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُوَكِّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَ الأَمْرُ حَتَّىٰ يَحْضُرَ الغَائِبُ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الوَكِيلِ لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ لِأَعْلَىٰ خَصْمٍ فَلَمْ تُعْتَبَرْ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ خَصْمٌ فِي قَصْرِ يَدِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي القَبْضِ فَتَقْصُرُ يَدُهُ حَتَّىٰ لَوْ حَضَرَ البَائِعُ تُعَادُ البَيِّنَةُ عَلَىٰ البَيْعِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَىٰ أَنَّ المُوَكِّلَ عَزَلَهُ عَنْ ذٰلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ، كَذَا هنا.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ العَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذٰلِكَ) وَمَعْنَاهُ إِذَا أَقَامَتِ المَرْأَةُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ وَالْعَبْدُ وَالْأَمَةُ عَلَى العَتَاقِ عَلَى الوَكِيلِ بِنَقْلِهِمْ تُقْبَلُ

الاستحسان يوقف الأمر حتى يحضر الموكل، فإذا حضر أُمروا بإعادة البينة علىٰ ما ادَّعوا لأنَّ البينة قامت علىٰ شيئين: على العتق والطلاق والبيع، وعلى قصر يد الوكيل، ففي حقِّ زوال الملك عن الموكل إن قامت البينة لا على خصمٍ ففي قصر يد الوكيل قامت على خصمٍ فتسمع هذه البينة في حقِّ قصر يد الوكيل ولم تسمع في حقِّ إزالة ملك الموكل، كما لو أقامَ البينة علىٰ أنَّ الموكل عزله عن الوكالة فإنَّها تقبل في قصر يده.

قوله: وَغَيْرُ ذٰلِكَ، كما إذا ادَّعىٰ صاحب اليد الارتِهانَ من موكل الوكيل وأقامَ بينةً علىٰ ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض، وإذا أقرَّ الوكيلُ بالخصومة سواءٌ كان وكيل المدَّعي أو وكيلُ المدَّعىٰ عليه فإقرار وكيل المدَّعي هو أن يقرَّ أنَّ موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدَّعىٰ عليه هو أن يقرَّ بوجوب المال على المدَّعىٰ عليه.

فِي قَصْرِ يَدِهِ حَتَّىٰ يَحْضُرَ الغَائِبُ اسْتِحْسَانًا دُونَ العِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ عَلَىٰ مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الوِكَالَةِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَوَّلًا، وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ وَالْإِقْرَارُ يُضَادُّهُ لِأَنَّهُ مُسَالَمَةٌ، وَالْأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ، وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ وَالْإِبْرَاءَ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، ........................

قوله: لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ، الخصومةُ اسمٌ لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة، والإقرار اسمٌ لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقه، فكان ضدُّ ما أمر به، والتوكيل بالشيء لا يتناول ضدَّه، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح، والدليلُ عليه بطلان إقرار الأب والوصيِّ على الصبي مع أنَّ ولايتهما أعمُّ من ولاية الوكيل.

قوله: وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، بأن وكَّله بالخصومة غير جائز الإقرار، أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورةً لَمَا صحَّ استثناء الإقرار، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحًا لا يملك الإقرار فكذا إذا استثناه دلالةً، وقيل معنى قوله: وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، أي لو كان الإقرار داخلًا في التوكيل بالخصومة لَمَا صحَّ استثناؤه كما لا يصحُّ استثناء قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الإنكار، وهذا أيضًا يصلحُ جوابًا عمَّا يقال الخصومة

وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ لِجَرَيَانِ العَادَةِ بِذٰلِكَ وَلِهٰذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَىٰ فَالْأَهْدَىٰ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا وَصِحَّتُهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا وَذٰلِكَ مُطْلَقُ الجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا. وَطَرِيقُ المَجَازِ مَوْجُودٌ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلصِّحَّةِ قَطْعًا؛ وَلَوِ اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، فَعَنْ

حرامٌ فيجعل التوكيل بِها مجازًا عن التوكيل بالجواب فيتناول الإقرار، فأجاب أنَّ المصير إلى المجاز عند تعذُّر الحقيقة، وهنا لا تعذُّر فإنه يصح استثناء الإقرار فبقي توكيلًا بمحض الخصومة، وفي النهاية: معنى قوله: وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، أنَّ التوكيل بالخصومة لو كان مجازًا لمطلق الجواب كان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، لأنَّ المراد من الجواب إمَّا الإقرار أو الإنكار، لا كلاهما بالاتفاق، ثمَّ في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزمُ استثناء الكلِّ من الكلِّ وذلك ممتنعٌ، ولهذا لو استثنى الإنكار لا يصحُّ لِمَا قلنا، فعُلِمَ بِهذا أنَّ التوكيل بالخصومة ليس بمجازٍ لمطلق الجواب.

قوله: وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالْجَوَابِ مُطْلَقًا يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ، هذه مسئلةٌ مبتدأةٌ خلافية ليسَ إيرادها علىٰ وجه الاستشهاد، يعني لو وكَّله بالجواب مطلقًا فهو علىٰ هذا الخلاف أيضًا، عند زُفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ يتقيَّد بجوابٍ هو خصومةٌ، لأن العادة في التوكيل جرت بذلك، وَلِهٰذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَىٰ فَالْأَهْدَىٰ، وفي الإقرار لا يحتاج إلىٰ زيادة الهداية، وجه الاستحسان أنَّ التوكيل صحيحٌ قطعًا بالإجماع، وصحته قطعًا تتناولُ ما يملكه قطعًا والمملوكُ قطعًا مطلق الجواب لا الإقرار ولا الإنكار عينًا فيصرف إلىٰ مطلق الجواب تحرِّيًا للصحة قطعًا، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه لا يصح استثناء الإقرار لأنه لم يملك للتوكيل بالإنكار عينًا، وإنَّما يملك التوكيلَ بجوابٍ هو حقٌّ لا محالةَ، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه يصحُّ لأنَّ التنصيص على استثناء الإقرار زيادة

أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَنَّ لِلتَّنْصِيصِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ إِيَّاهُ؛ وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوْلَىٰ. وَعَنْهُ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ وَيُخَيَّرُ الطَّالِبُ فِيهِ؛ فَبَعْدَ ذٰلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنَّ الوَكِيلَ قَائِمٌ مَقَامَ المُوَكِّلِ، وَإِقْرَارُهُ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ القَضَاءِ فَكَذَا إِقْرَارُ نَائِبِهِ. وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ التَّوْكِيلَ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّىٰ خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا، وَالْإِقْرَارُ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا، إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الخُصُومَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِتْيَانُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الجَوَابُ

دلالةٍ علىٰ أنه متيقَّن بحقِّه في الإنكار، وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوْلَىٰ، أي علىٰ ما هو الأولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فإنه حلالٌ في عموم الأحوال، والخصومة منازعة وهي حرامٌ والتوكيل بالحرام حرامٌ فحملناه على المجاز بظاهر حاله.

قوله: وَعَنْهُ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ، أي وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه لم يصح استثناء الإقرار من المطلوب لكونه مجبورًا عليه، وإنَّما يكون مجبورًا لدفع ضرر المدَّعي، وفي صحة استثناء الإقرار إضرارٌ به، وصحَّ استثناء الإقرار من توكيل الطالب لأنه مخيَّر في أصل الخصومة فله تركُ أحد وجهيها.

قوله: جَوَابًا يُسَمَّىٰ خُصُومَةً حَقِيقَةً - بأن أنكر - أَوْ مَجَازًا - بأن أقرَّ - وَالْإِقْرَارُ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا، إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الخُصُومَةِ، أي في جواب الخصومة وإطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائزٌ مجازًا، قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱعۡتَدُواْ

فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، لٰكِنْ إِذَا أُقِيمَتِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ يَخْرُجُ مِنَ الوِكَالَةِ حَتَّىٰ لَا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ المَالِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِضًا وَصَارَ كَالْأَبِ أَوِ الوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ لَا يَصِحُّ وَلَا يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِمَا.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ المَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ

عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤] ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورىٰ: ٤٠] أو لأنَّ الخصومة في مجلس القضاء سببٌ للجواب ظاهرًا، والجواب تارةً بـ «لا» وتارةً بـ «نعم» والسببية طريق المجاز، ولهذا يختصُّ بمجلس القضاء لكن إذا أقيمت البينة علىٰ إقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزعمه ببطلانِها فلا يُؤمر بدفع المال إليه، فصار كالأب والوصيِّ إذا أقرَّا على اليتيم أنه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصحُّ إقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما ببطلان حقِّ الأخذ، وإنَّما لا يصحُّ إقرارهما لأنَّ ولايتهما نظريةٌ ولا نظرَ في الإقرار على الصغير، فأمَّا التفويضُ من الموكل حصل مطلقًا غير مقيَّدٍ بشرط النظر فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعًا، غير أنَّ الإقرار صحته تختصُّ بمجلس القضاء علىٰ ما ذكرنا.

قوله: وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ، صورة المسئلة ما إذا وكَّل رب الدين كفيله بقبض المال عن المديون لا يصحُّ توكيله أبدًا، حتَّىٰ لو هلَكَ المالُ في يده لا يهلك على الموكل، وقوله: أَبَدًا، أي قبل براءة الكفيل وبعدها، أمَّا قبل البراءة فلِمَا ذُكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة، وأمَّا بعد البراءة فإنه لمَّا لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالةً بعد انعدام المانع، كمن كفلَ لغائبٍ فلم يصحَّ لعدم قبوله وهو شرطٌ، ثمَّ إذا بلغه الخبر فأجاز لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ.

الغَرِيمِ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذٰلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ الوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوَكَالَةِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا لَا يُقْبَلُ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لَازِمِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّىٰ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ وَيُطَالَبُ العَبْدُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِ المَالِ عَنِ العَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وَكِيلُ الغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ أُمِرَ

قوله: فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، أي رُكن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه، وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلًا لما قلنا، فإن قيل: يشكل برب الدين إذا وكَّل المديون بإبراء نفسه من الدَّين يصحُّ ذكره في الجامع، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعيًا في فكاك رقبته؟ قلنا: ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ في تعليل هذه المسئلة أنَّ المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه علىٰ خلاف المذكور في الجامع فكان للمنع فيه مجالٌ، كذا في الفوائد الظهيرية، وفي الكافي: فإن قيل: الدَّائن إذا وكَّل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصحُّ، نصَّ عليه في الجامع وإن كان المديونُ بإبراء نفسه ساعيًا في فكاك رقبته، قلنا: إنَّما يصحُّ ثمَّة لأنه تمليكٌ لا لأنه توكيلٌ كما في قوله طلقي نفسك، قلتُ لو كان تمليكًا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر.

قوله: وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّىٰ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ، أي لزمه ضمان قيمته للغرماء ويُطالب العبد بجميع الدين، فلو وكَّله الطالبُ بقبض المال عن العبد كان باطلًا، لِمَا بينا من أنَّ الوكيل من يعمل لغيره والمولىٰ عاملٌ لنفسه لأنه يبرئُ به نفسه فلا يصلح وكيلًا.

بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِأَنَّ مَا يَقْضِيهِ خَالِصُ مَالِهِ (فَإِنْ حَضَرَ الغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتِ الِاسْتِيفَاءُ حَيْثُ أَنْكَرَ الوَكَالَةَ، وَالْقَوْلُ فِي ذٰلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فَيَفْسُدُ الأَدَاءُ (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ) لِأَنَّ غَرَضَهُ مِنَ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَحْصُلْ فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ (وَإِنْ كَانَ) ضَاعَ (فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي القَبْضِ وَهُوَ مَظْلُومٌ فِي هٰذَا الأَخْذِ، وَالْمَظْلُومُ لَا يَظْلِمُ غَيْرَهُ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) لِأَنَّ المَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي زَعْمِهِمَا، وَهٰذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَىٰ حَالَةِ القَبْضِ فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَىٰ فُلَانٍ، وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ، فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ المَالِ عَلَى الغَرِيمِ رَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى الوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ، ........................

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ، وصورة التضمين أن يقول الغريم للوكيل: نعم أنت وكيلٌ، ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك ويأخذ مني ثانيًا ويصير ذلك دينًا لي عليه باتفاق بيني وبينك، فهل أنتَ كفيلٌ عنه بما يأخذ مني؟ فقبل صحّ وصار كفيلًا.

قوله: وَهٰذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَىٰ حَالَةِ القَبْضِ، أي قبض ربِّ الدين ثانيًا، وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ، أي ولم يكذبه أيضًا بل كان ساكتًا لقوله بعد هذا: وكذا إذا دفعه إليه علىٰ تكذيبه إيَّاه في الوكالة.

وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَىٰ رَجَاءِ الإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَىٰ تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الوَكَالَةِ. وَهٰذَا أَظْهَرُ لِمَا قُلْنَا، وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ المَدْفُوعَ حَتَّىٰ يَحْضُرَ الغَائِبُ لِأَنَّ المُؤَدَّىٰ صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَىٰ فُضُولِيٍّ عَلَىٰ رَجَاءِ الإِجَازَةِ لَمْ يَمْلِكْ الِاسْتِرْدَادَ لِاحْتِمَالِ الإِجَازَةِ،

قوله: وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَىٰ رَجَاءِ الإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، لا يُقال: بأنَّ الدفع إذا كان علىٰ رجاء الإجازة كان المدفوع إليه فضوليًا فيكون المدفوع أمانةً في يده فلا يكون ضامنًا لأنَّ المدفوع إليه لا يقبضه ليكون أمانةً عنده من جهة المديون، وإنَّما يقبضه ليكون أمانةً من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الأمانة من جهة المديون، ولأنه دفع بزعمه وزعمه أن يستفيد المديون البراءة بما يدفعه إليه فيتقيَّد رضاؤه به، وأمَّا إذا دفعه مع أنه كذبه في الوكالة لأنَّ الوكيل قبض من المديون المالَ بشرط أن يستفيد المديونَ البراءة عمَّا في ذمته، فإذا لم يستفد هذا لم يكن المديون راضيًا بقبضه بل هو في حقِّه كالغاصب فكان له أن يضمنه، وهذا أظْهَر في ثبوت حق الرجوع.

قوله: لِمَا قُلْنَا، أي إنَّما دفعه إليه علىٰ رجاء الإجازة.

قوله: وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وهيَ الوجوهُ الأربعة: وهيَ دفعه مع التصديق من غير تضمينٍ، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتًا من غير تكذيبٍ ولا تصديقٍ، ودفعه مع التكذيب.

قوله: لِأَنَّ المُؤَدَّىٰ صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا - في حالة التَّصادق - أَوْ مُحْتَمَلًا، في حالة التكاذب، وإذا كان الوكيلُ ظاهر العدالة كان صادقًا في قوله ظاهرًا، وإن كان فاسقًا أو مستور الحال كان قوله محتملًا للصدق.

وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعَ اليَأْسُ عَنْ غَرَضِهِ. (وَمَنْ قَالَ إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ المُودِعُ) لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَالِ الغَيْرِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ. وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ المُودِعُ

قوله: فَصَدَّقَهُ المُودِعُ، لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، ولو سلم مع هذا ثمَّ أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين رحمه الله تعالىٰ في شرح الجامع: أنه لا يملك الاسترداد لأنه ساعٍ في نقض ما أوْجَبه، وقال أيضًا: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن؟ قيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأنَّ المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجبُ الضمانَ فكذا من وكيله.

قوله: لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَالِ الغَيْرِ - لأنَّ الوديعة مال الغير - بِخِلَافِ الدَّيْنِ، لأنَّ ما يقضيه المديون خالصُ ماله لأنَّ الديون تقضىٰ بأمثالها، فكان ما أدَّاه المديونُ مثل مال ربِّ الدين لا عينه فكان تصديقه إقرارًا علىٰ نفسه بأداء المال، ومن أقرَّ علىٰ نفسه بالمال يجبر على الأداء، وذكر في الذخيرة: وفي المسئلة نوعُ إشكالٍ لأنَّ التوكيل بقبض الدين توكيلٌ بالاستقراض معنًى لأنَّ الديونَ تقضىٰ بأمثالها، فما قبضه ربُّ الدين من المديون يصير مضمونًا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصًا، وقد ذكرنا أنَّ التوكيل بالاستقراض غير صحيح، والجواب أنَّ التوكيلَ بقبض الدين رسالةٌ بالاستقراض من حيث المعنى وليسَ بتوكيلٍ بالاستقراض لأنه لا بُدَّ للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلىٰ موكله بأن يقول: أنَّ فلانًا وكَّلني بقبض ماله عليك من الدين، كما لا بُدَّ للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل أن يقول: أرسلني فلانٌ يقول لك أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلىٰ نفسه فيقول: أقرضني،

أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ مَالُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ مَالُ الوَارِثِ . وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ اشْتَرَى الوَدِيعَةَ مِنْ صَاحِبِهَا فَصَدَّقَهُ المُودَعُ لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الغَيْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَى البَيْعِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلًا يَقْبِضُ مَالَهُ فَادَّعَى الغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدِ اسْتَوْفَاهُ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الوَكَالَةَ قَدْ ثَبَتَتْ وَالِاسْتِيفَاءُ لَمْ يَثْبُتْ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤَخَّرُ الحَقُّ. قَالَ: (وَيَتْبَعُ رَبُّ المَالِ فَيَسْتَحْلِفُهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ لِأَنَّهُ نَائِبٌ.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ فَادَّعَى البَائِعُ رِضَا المُشْتَرِي لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَحْلِفَ المُشْتَرِي بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ) لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ

والرسالة بالاستقراض جائزةٌ.

قوله: وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ لِأَنَّهُ نَائِبٌ، وفي الإيضاح: ولو أراد المطلوب أن يحلِّف الوكيلَ ما يعلم أنَّ الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: أحلفه على العلم، فإن أبىٰ أن يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب علىٰ حجته، لأنَّ الوكيل لو أقرَّ بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالىٰ يقولان: فإنه يدعي حقًّا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلَّفنا الوكيلَ لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين.

قوله: لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ هُنَالِكَ، أي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطاء عند نكوله، إذ القضاء لم ينفذ باطنًا لأنه ما قضىٰ إلا بمجرَّد التسليم فكان

هُنَالِكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ الوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ نُكُولِهِ، وَهَاهُنَا غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّ القَضَاءَ بِالْفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ المُشْتَرِيَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الجَوَابُ عَلَىٰ هٰذَا فِي الفَصْلَيْنِ وَلَا يُؤَخِّرُ، لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ عِنْدَهُمَا لِبُطْلَانِ القَضَاءِ. وَقِيلَ الأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنْ يُؤَخِّرَ فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ حَتَّىٰ يَسْتَحْلِفَ المُشْتَرِيَ لَوْ

كالقضاء بالأملاك المرسلة، وهنا غير ممكنٌ لأنَّ القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحَّة لأنَّ قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ومتىٰ نفذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضاء لأنه لا فائدةَ إن نكل، فيظهر أنه كان راضيًا بالعيب، وأن حق الفسخ لم يكن ثابتًا للمشتري، وأن القاضي أخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء بالفسخ لا يبطلُ قضاؤه بالفسخ.

قوله: قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الجَوَابُ، عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ في الفصلين، ولا يؤخر القضاءَ بالردِّ لأنَّ التدارك ممكنٌ عندهما في هذا، كما في مسئلة الدين لأنَّ القضاء بالردِّ لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم، وَقِيلَ الأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنْ يُؤَخِّرَ فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فصل الردِّ بالعيب وفصل الدين، لأنَّ من مذهبه أنَّ القاضي لا يردُّ المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضرًا وأراد الردَّ ما لم يستحلفه بالله ما رضيتُ بِهذا العيب وإن لم يدع البائع، فإذا كان المشتري غائبًا لا يردُّ عليه أيضًا حتى يستحلفُ صيانةً للقضاء عن البطلان ونظرًا للبائع والمديون فصار

كَانَ حَاضِرًا مِنْ غَيْرِ دَعْوَى البَائِعِ فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَىٰ أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشَرَةً مِنْ عِنْدِهِ فَالْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ) لِأَنَّ الوَكِيلَ بِالْإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ وَالْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ قَرَرْنَاهُ فَهٰذَا كَذَلِكَ. وَقِيلَ هٰذَا اسْتِحْسَانٌ وَفِي القِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا. وَقِيلَ القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ

عنه روايتان، في روايةٍ مثل قول محمد وفي روايةٍ يؤخَّر فيهما.

قوله: فَالْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ، أي العشرة التي أنفقها الوكيلُ من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل، أي لا يكون متبرعًا، وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمةً وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها، أو كان مطلقًا لكن ينوي تلك العشرة، فإن كانت عشرة الدافع مستهلكةً أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشتريًا لنفسه متبرعًا بالإنفاق، لأنَّ الدراهم تتعيَّن في الوكالة، وكذا لو أضاف العقد إلىٰ غيرها عند غيبة الطالب، وقيل: لا تتعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها، بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعيَّن فيهما.

قوله: وَفِي القِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا، يعني الوكيلُ بالإنفاق يصير متبَرِّعًا في إنفاق مال نفسه بغير أمر الموكل ويلزمه ردُّ ما قبض إليه، لأنَّ الدراهم تتعيَّن في الوكالات بدليل أنَّها لو هلكت تبطل الوكالة وقد خالف أمره فيُردُّ عشرته عليه، وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بوكيلٍ بالشراء، فأمَّا الوكيلُ بالإنفاق وكيلٌ بالشراء لافتقاره في الإنفاق إلىٰ شراء ما يحتاج إليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعًا قياسًا واستحسانًا لأنه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في الأحوال كلِّها، ورُبَّما يظفر في السوق بشيءٍ ممَّا يحتاج إليه، فلو لم يتمكَّن من الشراء ونقد الثمن من دراهم

فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ، فَأَمَّا الإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ فَلَا يَدْخُلَانِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

نفسه علىٰ سبيل الإقراض من الموكل وأخذ دراهمه بجهة حقِّه لكونه ظافرًا حقَّه أدِّي إلى الإخلال بالغرض المطلوب، وبهذا الطريق إذا قضى الوصيُّ دين الصغير بمال نفسه يتمكَّن من الرجوع في ماله، كذا في الأوضح، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

## بَابُ عَزْلِ الوَكِيلِ

قَالَ: (وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ عَنِ الوَكَالَةِ) لِأَنَّ الوَكَالَةَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ، إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وَصَارَ كَالْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ.

## باب عزل الوكيل

قوله: يُطْلَبُ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ، قيَّد بالطلب لأنه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواءٌ كان الخصم حاضرًا أو غائبًا، ويكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب أي المدَّعىٰ عليه ووكل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب، لأنَّ الطالب بالعزل يبطلُ حقَّ نفسه إذ خصومة الوكيل حقُّ الطالب لقيامه مقام الطالب، وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقُّه عليه، فلو صحَّ عزله عند غيبة الطالب يبطلُ هذا الحقَّ أصلًا لأنه لا تمكنه الخصومة مع الوكيل، ورُبَّما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب فلا تمكنه الخصومة معه أيضًا، بخلاف ما إذا كان الطالبُ حاضرًا فإنَّ حقه لا يبطل أصلًا لأنه إن لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه أن يطلب منه وكيلًا آخر.

قوله: وَصَارَ كَالْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ، أي في تعلُّق حقِّ الغير بوكالة

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ العَزْلُ فَهُوَ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّىٰ يَعْلَمَ) لِأَنَّ فِي العَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالِ وِلَايَتِهِ، أَوْ مِنْ حَيْثُ رُجُوعِ الحُقُوقِ إِلَيْهِ، فَيَنْقُدُ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ وَيُسَلِّمُ المَبِيعَ فَيَضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ،

الوكيل وبطلان حقِّ ذلك الغير عند صحة العزل، إلا أنَّ الموكلَ في الرهن لا يملك عزله أصلًا إذا لم يرض المرتَهن به، والمطلوبُ يملك عزله عند حضرة الطالب وإن لم يرض به الطالب لأنه لا يبطلُ حقه حينئذٍ لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب، وفي الرهن لو صحَّ العزل حال حضرة المرتَهن يبطل حقه في البيع أصلًا لأنه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع.

قوله: لِأَنَّ فِي العَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالِ وِلَايَتِهِ، وفي إبطال ولايته تكذيبه لأنَّ الوكيل لما زوَّج لموكله أو طلَّق امرأته أو باع أو اشترىٰ له على ادِّعاء أنه وكيله ثمَّ لو صحَّ عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبًا للوكيل فيما ادَّعىٰ من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل، وفي تكذيب الإنسان فيما يقول ضررٌ عليه، وهذا المعنى عامٌّ يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء، فإن قيل: إبطال الولاية لا يجوز عَلِم أو لا كما في غير الوكيل، قلنا: هو إبطالٌ نظرًا إلى الولاية في الحال، ومنعٌ من حيث إنَّ حال البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فإنه ينعقد ساعةً فساعةً، ألا ترىٰ أنه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونِهما، وإذا كان لدوامه حكم الابتداء فبالعزل كأنه يمنع الوكيل من التصرف في محل مملوكٍ له، وله هذه الولاية فوفَّرنا على الشبهين حظَّهما وقلنا بصحَّة العزل مع العلم عملًا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم عملًا بشبه الإبطال.

قوله: فَيَنْقُدُ مِنْ مَالِ المُوَكِّلِ، أي إذا كان وكيلًا بالشراء، وَيُسَلِّمُ المَبِيعَ - إذا كان وكيلًا بالبيع - فَيَضْمَنُهُ، أي ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع علىٰ تقدير صحة العزل.

وَيَسْتَوِي الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرُهُ لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوِ العَدَالَةِ فِي المُخْبِرِ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَتَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِهٰذِهِ العَوَارِضِ، وَشَرْطٌ أَنْ يَكُونَ

قوله: وَغَيْرُهُ، بالرفع كالوكيل بالطلاق والعتاق.

قوله: لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ، وهو أنَّ في العزل إضرارًا من حيث إبطال ولايته، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: ينعزل ولو لم يبلغه العزل، لأنه بالعزل يبطل حقه نفسه لأنَّ نفوذ الوكالة لحقِّ الموكل والمرءُ يتفرَّدُ بإسقاط حقِّ نفسه كالطلاق والعتاق، قلنا: نفوذ الوكالة حقُّه لكن يتضرَّر الغير في إسقاطه، ولأنَّ العزل خطابٌ يلزم الوكيل أن يمتنع وحكم الخطاب لا يثبتُ في حقِّ المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حقُّ العزل في حقِّه ما لم يعلم.

قوله: لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ، وإنَّما كان كذلك لأنَّ التصرُّف إذا كان غير لازم كان المتصرِّفُ في كلِّ لحظةٍ من لحظات دوام التصرف يستبدُّ من النقض والفسخ، فلمَّا لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرُّفٍ آخر من جنسه، أمَّا إذا كان التصرُّف لازمًا لا يتأتَّىٰ هذا المعنىٰ لأنَّ المتصرِّف لا يتمكَّن في كلِّ لحظةٍ من الفسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء.

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِهٰذِهِ العَوَارِضِ، أي أمر التوكيلُ بهذه العوارض من الموت والجنون والارتداد، فإن قيل: البيعُ بالخيار غير لازمٍ ومع ذلك لا يبطل البيعُ بالموت بل يتقرَّر البيعُ ويبطل الخيار، قلنا: الأصلُ في البيع اللزوم وعدم اللزوم

الجُنُونُ مُطْبِقًا لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الإِغْمَاءِ، وَحَدُّ المُطْبِقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ، وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الخَمْسُ فَصَارَ كَالْمَيِّتِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حَوْلٌ كَامِلٌ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ العِبَادَاتِ فَقَدَّرَ بِهِ احْتِيَاطًا. قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ فَكَذَا وَكَالَتُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا تَصَرُّفَاتُهُ نَافِذَةٌ فَلَا تَبْطُلُ وَكَالَتُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقْتَلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلَحَاقِهِ وَقَدْ مَرَّ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ المُوَكِّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالْوَكِيلُ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ حَتَّىٰ تَمُوتَ أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ المُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوِ المَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ

بسبب العارض وهو الخيارُ، فإذا مات تقرَّر الأصل وبطل العارضُ لأنه يسقطُ به جميع العبادات كالصوم والصلاة والزكاة، أمَّا ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت.

قوله: وَإِذَا وَكَّلَ المُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ أَوِ المَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ، هذا إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، فأمَّا إذا كان التوكيلُ بقضاء الدين أو التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون، لأنَّ في كل شيءٍ وليُّه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقىٰ هو مطالبًا بإيفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وَجَب له، لأنَّ وجوبه كان بعقده، فإذا بقىٰ حقه بقىٰ وكيله على الوكالة فيه، ولو وكَّله ابتداءً بعد

أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا، فَهٰذِهِ الوُجُوهُ تُبْطِلُ الوَكَالَةَ عَلَى الوَكِيلِ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الوَكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ الأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِالْحَجْرِ وَالْعَجْزِ وَالِافْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ لِأَنَّ هٰذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ المُوَكِّلُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا بَطَلَتِ الوَكَالَةُ) لِأَنَّهُ لَا

الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته صحَّ أيضًا، فإن باعه بإذن الغرماء أو ماتَ بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك، لأنه حين خرج عن ملكه لم يبق له حقُّ المطالبة بالاستيفاء فبطلَ وكالةُ الوكيل حكمًا لخروج الموكل من أن يكون مالكًا لهذا التصرُّف.

قوله: أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا، أي أحد الشريكين، يعني به أنه يبطل الوكالة في حقِّ الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحًا، وإنَّما صار وكيلًا عنه بالشركة فلمَّا افترقا لم يبقَ وكيلًا عنه أمَّا يبقىٰ وكيلًا في حقِّ الآخر، وينبغي أن لا ينعزل فيما إذا وكَّل الشريكان صريحًا بافتِراقهما، والدليلُ عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرَّابع من كتاب الشركة: أحد المتفاوضين إذا أمر رجلًا بأن يشتري له عبدًا بألف درهمٍ ولم يدفع إليه الثمن صحَّت الوكالة وصار هذا الرجل وكيلًا عنهما، فلو تناقضَ الشريكان المفاوضة وفاوَضَ كلُّ واحد منهما رجلًا علىٰ حدةٍ ثمَّ اشترى الوكيل بعد ذلك عبدًا وهو يعلم بنقض المفاوضة أو لا يعلم جاز شراء الوكيل والعبد لازم للآمر خاصَّةً دون شريكه الأول والثاني.

قوله: وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا، أي مستوعبًا من قولهم: أطْبَق الغيم السماءَ، إذا استوعبها، لأنَّ كثيره كالموت وقليله كالإغماء، وحدُّ الجنون المطبق مذكورٌ في المتن.

يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ جُنُونِهِ وَمَوْتِهِ (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا)، قَالَ: وَهٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ. لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الوَكَالَةَ إِطْلَاقٌ لِأَنَّهُ رُفِعَ المَانِعُ. أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَإِنَّمَا عَجَزَ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ العَجْزُ وَالإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكِيلًا. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِثْبَاتُ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ، لِأَنَّ وِلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ وَوِلَايَةُ التَّنْفِيذِ بِالْمِلْكِ، وَبِاللَّحَاقِ لَحِقَ بِالْأَمْوَاتِ وَبَطَلَتِ الوِلَايَةُ فَلَا تَعُودُ كَمِلْكِهِ فِي أُمِّ الوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ. وَلَوْ عَادَ المُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ فِي الظَّاهِرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي

قوله: وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ مُسْلِمًا، هذا إذا حكم القاضي بلحاقه بدار الحرب، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ في المبسوط: وإن لحق الوكيلُ بدار الحرب مرتدًّا فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعًا ما لم يقض القاضي بلحاقه.

قوله: وَلَوْ عَادَ المُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ، أي قد لحق بدار الحرب مرتدًّا وقضى القاضي باللحاق ثمَّ عاد مسلمًا، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه يعود، فأبو يوسف رحمه الله تعالىٰ سوَّىٰ بين عود الموكل مسلمًا وبين عود الوكيل مسلمًا بعد قضاء القاضي باللُّحوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين، ومحمد رحمه الله تعالىٰ فرَّق بينهما في الظاهر، والفرقُ أنَّ الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردَّته ولحاقه فبطلت الوكالة على الثبات، فأمَّا بردَّة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محلُّ تصرف الوكيل باقيًا لكنه عجزَ عن التصرُّف بعارضٍ، فإذا زال العارضُ صار

الوَكِيلِ. وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ أَنَّ مَبْنَى الوَكَالَةِ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ عَلَى المِلْكِ وَقَدْ زَالَ وَفِي حَقِّ الوَكِيلِ عَلَىٰ مَعْنًى قَائِمٍ بِهِ وَلَمْ يَزُلْ بِاللَّحَاقِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ) وَهٰذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وُجُوهًا: مِثْلَ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ المُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُوَكِّلَهُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً

كأن لم يكن، وعن محمد رحمه الله تعالىٰ أنه سوَّىٰ بينهما وقال: يعود وكيلًا كما كان فيهما لأنَّ الموكل إذا عاد مسلمًا يُعاد عليه ماله علىٰ قديم ملكه وقد تعلَّقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل علىٰ وكالته.

قوله: وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ، وفي الذخيرة: الأصل في جنس هذه المسائل أنَّ الموكل متىٰ أحدث تصرُّفًا في ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل إن كان تصرُّفًا يعجز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة، وإن كان تصرُّفًا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة، لأنه إذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الإمتثال يخرج الوكيل عن الوكالة، إذا ثبت هذا فنقول: متىٰ باع أو وهب أو تصدق وسلَّم أو وطئ فاستولد فالوكيلُ يخرج عن الوكالة، لأنَّ هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل عن البيع، ألا ترىٰ أنَّ الموكل بعد إحداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله، ولو وطئ ولم يستولد أو استخدم أو أذن له في التجارة كان على الوكالة، لأنَّ هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع، ألا ترىٰ أنَّ الموكل بعد إحداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله، وإذا رهن أو آجرَ وسلم ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يخرج عن الوكالة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه يخرج.

وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا أَوْ بِالْخُلْعِ فَخَالَعَهَا بِنَفْسِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَذَّرَ عَلَى الوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتِ الوَكَالَةُ، حَتَّىٰ لَوْ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ وَأَبَانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ لِأَنَّ الحَاجَةَ قَدِ انْقَضَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا الوَكِيلُ وَأَبَانَهَا لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ المُوَكِّلَ لِبَقَاءِ الحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛

قوله: أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وفي المبسوط: وإن وكَّله أن يطلِّقها ثمَّ طلقها الزوج أو خلعها فإنَّ طلاق الوكيل يقعُ عليها ما دامت في العدَّة لأنَّ الزوج بعد الطلاق والخلع مالكٌ لإيقاع الطلاق عليها فبقي الوكيلُ علىٰ وكالته، وإن انقضت عدَّتُها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لأنَّ الزوج خرج من أن يكون مالكًا للإيقاع عليها بعد العدَّة فتبطل الوكالةُ، وكذلك إن تزوَّجها بعد ذلك لأنَّ تمكُّن الزوج من الإيقاع بالسبب المتجدِّد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالةُ باعتباره، وعلىٰ هذا لو ارتدَّ الزوج فإنَّ طلاق الوكيل يقعُ عليها في العدَّة لبقاء تمكُّن الزوج من الإيقاع، وإن لحق بدار الحرب مرتدًّا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك، ولو أسر أهل الحرب عبدًا فأدخلوه في دارهم ثمَّ رجع إلى الموكل بملكٍ جديدٍ بأن اشتراه منهم لم يعد الوكالة، ولو أخذ من المشتري منهم بالثَّمن أو ممَّن وقعَ في سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على الوكالة لأنه بالأخذ بهذا الطريق يعيده إلىٰ قديم ملكه، ولو وكَّله بأن يعتق أمته ثمَّ أعتقها المولىٰ فارتدَّت ولحقت بدار الحرب فأسرت وملكها المولىٰ لم يجز عتق الوكيل فيها، لأنه كان مأمورًا بإزالة الرقِّ الذي كان فيها وقد زال بإعتاق المولى وهذا الحادث رِقٌّ متجدِّد بتجدُّد السبب فلا يكون هو وكيلًا بإزالته.

قوله: فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ، وفي المبسوط: ولو باعها الوكيلُ أو الآمر ثمَّ ردَّت بعيبٍ بقضاء قاضٍ فللوكيل أن يبيعها، لأنَّ الردَّ بالعيب بقضاء قاضٍ فسخٌ من

فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَىٰ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ مَنْعٌ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالْعَزْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَىٰ لِأَنَّ الوَكَالَةَ بَاقِيَةٌ لِأَنَّهُ إِطْلَاقٌ وَالْعَجْزُ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالْهِبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذٰلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ

الأصل وعادت إلىٰ قديم ملك الموكل، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاضٍ بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها، وكذلك إن تقايلا البيعَ فيها لأنَّ هذا السبب كالعقد المبتدأ في حقِّ غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حقِّ الوكيل كأنَّ الموكل اشتراها ابتداءً، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراثٍ أو هبةٍ أو غيره بملكٍ جديدٍ لم يكن للوكيل بيعها لأنَّ الوكالة تعلَّقت بالملك الأول وهذا ملكٌ جديدٌ سوى الأوَّل، وفي الذخيرة: ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض لأنه بمنزلة الشراء الجديد في حقِّ الثالث، وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض لأنَّ الأمرَ قد انتهىٰ نِهايته بالبيع، والمقصودُ من البيع هو الثَّمن وإن فاتَ لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التَّصرفات من جهة المتصرِّف لا يلحق التصرُّف بالعدم.

قوله: **بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالْهِبَةِ**، يتعلَّقُ بقوله: **وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَىٰ**.

قوله: **فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ**، ليسَ بقيدٍ لأنه لو وكَّله بأن يهب عبده فوهبه الوكيل ثمَّ رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرَّةً أخرىٰ، قال محمد رحمه الله تعالىٰ: ولا تشبه الهبة البيعَ لأنَّ الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع، لأنَّ الوكيل بعد ما باعَ يتولَّىٰ حقوق العقد ويتصرَّفُ فيها بحكم الوكالة، فإذا انفسخ البيعُ والوكالةُ باقيةٌ جاز

الحَاجَةِ. أَمَّا الرَّدُّ بِقَضَاءٍ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلُ زَوَالِ الحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

❊ ❊ ❊

له أن يبيع ثانيًا بحكمها، أمَّا الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتَّىٰ لا يملك الواهبُ الرجوعَ ولا يصحُّ تسليمه، فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد ولا وكالةَ، فلا يتمكَّن الوكيل من الهبة ثانيًا، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

تمَّ الجزءُ الخامس من «الكفاية في شرح الهداية»

ويتلوه الجزء السَّادس، وأوله «كتابُ الدَّعوى»

# فهرس المحتويات

المجلَّدُ الخامس

## تَتِمَّة كتاب البيوع



## كتاب الصرف

## كتاب الكفالة



## كتاب الحوالة



## كتاب أدب القاضي



## كتاب الشهادة

## كتاب الوكالة



* * *